Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional

Derechos humanos
Derecho internacional humanitario y
Derecho penal internacional

Volumen V

Oficina en Colombia del
Alto Comisionado de las Naciones
Unidas para los Derechos Humanos

© Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Primera edición: Bogotá, mayo de 2006

ISBN

Compilador
Alejandro Valencia Villa

Editor general
Alejandro Valencia Villa

Edición
María José Díaz-Granados M.

Diseño y diagramación
Gloria Díaz-Granados M.

Impresión

Contenido

Presentación 9

Incorporación del derecho internacional en el derecho interno 11

Corte Constitucional
Sentencia T-558 de 2003
Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández
10 de julio de 2003 11

Corte Constitucional
Sentencia T-786 de 2003
Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
11 de septiembre de 2003 45

Corte Constitucional
Sentencia T-327 de 2004
Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra
15 de abril de 2004 62

Corte Constitucional
Sentencia T-979 de 2004
Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño
8 de octubre de 2004 76

Corte Constitucional
Sentencia C-401 de 2005
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
14 de abril de 2005 111

Responsabilidad en derechos humanos 153

Comité de Derechos Humanos
Observación General No. 31
La índole de la obligación jurídica general impuesta
a los Estados Partes en el Pacto
29 de marzo de 2004 153

Subcomisión de Derechos Humanos
Comentario relativo a las normas sobre las
responsabilidades de las empresas transnacionales y
otras empresas comerciales
en la esfera de los derechos humanos
26 de agosto de 2003 162

Derecho a la vida 199

Comité de Derechos Humanos
Comunicación 778/1997
Dictamen aprobado el 29 de octubre de 2002 199

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso 19 comerciantes c. Colombia
Sentencia del 5 de julio de 2004 218

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la masacre de Mapiripán c. Colombia
Sentencia del 7 de marzo de 2005 330

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Gutiérrez Soler c. Colombia
Sentencia del 12 de septiembre de 2005 335

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la masacre de Mapiripán c. Colombia
Sentencia del 15 de septiembre de 2005 376

Administración de justicia 473

Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial
Anexo al Informe presentado por el Relator Especial
sobre la independencia de los magistrados y abogados,
Sr. Param Cumaraswamy, de conformidad con la
Resolución 2002/43 de la Comisión de Derechos Humanos 473

Derechos económicos, sociales y culturales 491

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Observación General No. 15 de 2002
El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto
Internacional de Derechos Económicos, Sociales
y Culturales) 491

Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación 521

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia
13 de diciembre de 2004 521

Corte Constitucional
Sentencia C-228 de 2002
Magistrados ponentes:
Manuel José Cepeda Espinosa y
Eduardo Montealegre Lynett
3 de abril de 2002 542

Corte Constitucional
Sentencia C-004 de 2003
Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
20 de enero de 2003 584

Corte Constitucional
Sentencia C-014 de 2004
Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño
20 de enero de 2004 608

Derechos del niño **635**

Comité de los Derechos del Niño
Observación General No. 4 de 2003
La salud y el desarrollo de los adolescentes en el
contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño 635

Derechos de las personas privadas de la libertad **657**

Corte Constitucional
Sentencia T-851 de 2004
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
2 de septiembre de 2004 657

Derechos de los desplazados **673**

Corte Constitucional
Sentencia T-602 de 2003
Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería
23 de julio de 2003 673

Corte Constitucional
Sentencia T-025 de 2004
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
22 de enero de 2004 695

Derechos de los trabajadores migrantes 745

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Opinión Consultiva OC-18 del 17 de septiembre de 2003
Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos
Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados 745

Terrorismo y derechos humanos 789

Informe del Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo
7 de febrero de 2005 789

Derecho internacional humanitario 843

Normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario
Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005 843

Jurisdicción universal y derecho penal internacional 869

Corte Suprema de Justicia de Argentina
Sentencia del 14 de junio de 2005 869

Tribunal Constitucional Español
Sentencia del 26 de septiembre de 2005 938

Presentación

Con el propósito de continuar con la serie de publicaciones sobre doctrina y jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos publica el volumen V, con los pronunciamientos realizados por organismos nacionales e internacionales durante los últimos tres años.

Cada vez aumenta la cantidad y calidad de estas decisiones, lo que demuestra una mayor preocupación e interés por la aplicación de estándares internacionales que protejan la dignidad humana. Por dicha razón, en materia de jurisprudencia internacional únicamente se incluyen providencias de casos colombianos. La doctrina internacional y la jurisprudencia nacional seleccionada, ofrecen una variedad de temas bastante amplia. Es de esperar que la compilación sea atractiva a la comunidad de derechos humanos y al público interesado.

Este quinto volumen recoge importantes decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre incorporación del derecho internacional en el derecho interno; derechos a la verdad, la justicia y la reparación; derechos de las personas privadas de la libertad y derechos de los desplazados. En materia del sistema interamericano merecen destacarse las decisiones más recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre tres casos colombianos: los 19 comerciantes, la masacre de Mapiripán y Gutiérrez Soler.

Como temas de relevante novedad por parte del sistema universal de derechos humanos se incluye el comentario relativo a las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, que preparó la Subcomisión de Derechos Humanos, y el Informe del Experto Independiente de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

Se incluyen también dos importantes decisiones judiciales de la Corte Suprema de Argentina y del Tribunal Constitucional Español sobre los alcances de la jurisdicción universal y el derecho penal internacional. Además, se presenta el listado de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario que fueron recogidas en una reciente investigación liderada por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

La compilación y edición general del Volumen V fueron realizadas por Alejandro Valencia Villa, consultor del área de cooperación técnica de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Como información importante para el lector se destaca que se han utilizado puntos suspensivos entre corchetes para indicar cuando el compilador ha suprimido una parte de un texto; no se ha efectuado ninguna modificación o sustracción en los documentos sin señalarlo en la forma mencionada. No obstante, se ha modificado el formato de algunos de los textos, en particular los encabezamientos, los títulos y las citas, para dar unidad a la edición. A fin de presentar los materiales de manera homogénea, se utiliza bastardilla para indicar énfasis en los textos reproducidos, sea cual sea el estilo del documento original (subrayado, bastardilla o negrillas). Las notas de pie de página son las originales de las sentencias; cuando excepcionalmente no se reproduce una nota del texto original los compiladores lo indican. Las notas del editor se señalan con asteriscos.

Finalmente, la Oficina espera que esta compilación, reunida en el Volumen V, sea de utilidad para la comunidad académica y para todos aquellos que hacen posible el cumplimiento del ejercicio de los derechos humanos.

Carmen Rosa Villa
Directora Encargada
Oficina en Colombia del Alto Comisionado de
las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Incorporación del derecho internacional en el derecho interno

Corte Constitucional
Sentencia T-558 de 2003
Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández
10 de julio de 2003

VI. Consideraciones [...]

2. Problemas jurídicos

La procedencia de la acción de tutela para hacer efectivas las medidas cautelares decretadas por un órgano internacional de protección de los derechos humanos como lo es la CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos] plantea varios y complejos problemas jurídicos que debe entrar a resolver la Sala:

a) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los diversos actos emanados de las organizaciones internacionales y cuál en particular aquélla de las medidas cautelares decretadas por la CIDH?
b) ¿De qué manera se incorporan las medidas cautelares al ordenamiento jurídico colombiano?
c) ¿Qué autoridades públicas internas están llamadas a participar en la ejecución de las mencionadas medidas?
d) Procede la acción de tutela para garantizar la eficacia de unas medidas cautelares decretadas por la CIDH? y,

e) En el caso concreto, ¿procede o no la acción de tutela y cuál debe ser el contenido de la orden judicial de amparo?

Naturaleza jurídica de las medidas cautelares decretadas por la CIDH

1. Las fuentes del derecho internacional público

Para determinar cuál es la naturaleza jurídica de las medidas cautelares decretadas por la CIDH es necesario acudir al sistema de fuentes del derecho internacional público. Al respecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya recoge las siguientes: 1) los tratados internacionales; 2) la costumbre internacional; 3) los principios generales del derecho "*reconocidos por las naciones civilizadas*"; 4) la jurisprudencia; 5) la doctrina y 6) la equidad.

La doctrina internacionalista[1] más autorizada en la materia ha criticado, sin embargo, este listado de fuentes del derecho internacional público por cuanto no suministra un catálogo exhaustivo de las mismas. De tal suerte, que existe un amplio consenso en la actualidad en el sentido de incluir en éste a los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales.

En tal sentido, conviene señalar que los órganos de las organizaciones internacionales pueden, de conformidad con el tratado multilateral constitutivo de cada una de ellas, u otros textos normativos como son los estatutos o los reglamentos internos, adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con distintos efectos jurídicos como son: resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, medidas provisionales, medidas caute-

---

[1] Entre muchos otros autores los siguientes: Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, p. 180; Allan Pellet y Patrick Daillier, *Droit International Public*, París, Ed. LGDJ, 2000, y C. Economides, "Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international", *AFDI*, 1988, p. 131.

lares o incluso sentencias, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La práctica internacional demuestra que existe en esta materia una gran incertidumbre terminológica y una ambigüedad conceptual que no permiten, en muchos casos, precisar con exactitud el alcance de cada una de estas clases de actos jurídicos. Por tales razones, la doctrina se limita a distinguir entre los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser *sentencias* las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y *opiniones consultivas* desprovistas de tales efectos; y por otra parte, están las decisiones y las recomendaciones.

En lo que concierne a las decisiones, se trata de un acto jurídico unilateral de una organización internacional que tiene efecto vinculante. En el ámbito internacional, los únicos actos que técnicamente pueden ser calificados como decisiones son aquellos que aparecen referidos en el artículo 25 de la Carta la ONU y son adoptados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el marco de las facultades que le otorga el capítulo VII de la misma.

Por el contrario, las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de éstas son los Estados Partes en la organización internacional, y en ocasiones, los particulares.

Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes.[2] Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto Caballero Delgado y Santana contra

---

[2] Véase por ejemplo, M. Merle, "Le pouvoir réglementaire des organisations internationales", *AFDI*, 1958, pp. 341 a 360.

Colombia estimó que el término *recomendaciones*, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello "no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado".[3] De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.

Por otra parte, ciertos tribunales arbitrales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea,[4] han considerado que la aseveración según la cual las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante, debe ser matizada, o al menos, examinada caso por caso.

Así, en el asunto Texaco-Calasiatic contra Libia,[5] el Tribunal de Arbitramento Internacional en laudo del 19 de enero de 1977 consideró que era difícil formular de manera general y abstracta el alcance de las recomendaciones, ya que era necesario tener en cuenta las condiciones en las cuales la recomendación fue adoptada siendo indispensable analizar rigurosamente cada una de sus disposiciones.

En tal sentido, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado spara que tome

---

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de diciembre de 1993, caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia.

4 A. Tammes, "Decisions of international organs as a source of international law", *RCADI*, 1958, pp. 265 y s.; J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, París, Ed. Pedone, 1974; Schreuer, "The relevance of U.N. decisions in domestic law litigation", *ICLQ*, 1978; José Manuel Sobrino Heredia, "La formación del derecho internacional por las organizaciones internacionales", en Manuel Díez de Velasco, ob. cit., p. 180, y Pellet y Daillier, ob. cit.

5 Tribunal de Arbitramento Internacional, laudo del 19 de enero de 1977, caso Texaco-Calasiatic contra Libia, en *Journal de Droit International*, p. 350.

medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos[6] o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.

2. Las especificidades de las medidas cautelares decretadas por la CIDH

Un análisis del funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos evidencia que existen diversos actos jurídicos emanados [de] los órganos que lo integran.

Así pues, en virtud del artículo 41 de la Convención Americana la CIDH tiene competencia para formular *recomendaciones*, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos en el marco de sus leyes internas, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Estas recomendaciones aluden, con frecuencia, a situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos en un Estado determinado; su implementación interna, en muchas ocasiones, depende de la voluntad del legislador en la medida en que se le invita a regular una materia o a que derogue una determinada normatividad contraria al tratado internacional. También son frecuentes los llamados de atención al Ejecutivo, en especial, para que combata ciertas "prácticas administrativas", en términos de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, en las que han incurrido los encargados del mantenimiento del orden público.

Estas recomendaciones usualmente aparecen consignadas en los informes sobre Estados que elabora la CIDH, en especial, al término

---

[6] Como por ejemplo, aquellas que suele emitir cada año el Alto Comisionado para los Derechos Humanos en relación con la situación de los derechos humanos en Colombia.

de una visita *in loco* al país o pueden figurar en el texto de sus informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en el Continente.

En este orden de ideas, la acción de tutela no es procedente para buscar el cumplimiento o la ejecución de una recomendación de esta naturaleza, dado que se vulneraría, de manera grave, el principio constitucional de la separación de poderes.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 51 del Pacto de San José de Costa Rica, la CIDH, al término de un proceso contencioso surtido ante ella contra un Estado Parte, puede formular las *recomendaciones* que estime pertinentes para que el demandado resarza integralmente a las víctimas de la violación de un derecho que aparece recogido en el texto del tratado internacional.

Con el propósito de que esta variedad de recomendaciones pudiesen ser ejecutadas en el ordenamiento jurídico interno se expidió la Ley 228 de 1996 "Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos", trámite que apunta, principalmente, al pago de una indemnización económica a las víctimas de una violación de sus derechos humanos y a sus familiares.

De tal suerte que, en estos casos, también se cuenta con un mecanismo judicial para que la decisión del organismo internacional sea cumplida en Colombia.

De igual manera, con fundamento en el artículo 63.2 de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, en los asuntos que esté conociendo, tomar las *medias provisionales* que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

En este panorama de actos jurídicos unilaterales emanados de órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se hallan finalmente las medidas cautelares decretadas por la CIDH.

Las *medidas cautelares* o providencias cautelares o precautorias son indispensables no sólo en los procesos propiamente dichos, sino inclusive en los procedimientos en los cuales se discuten los derechos o intereses legítimos de las personas, ya que es necesario preservar la situación que debe prevalecer durante el trámite para evitar que se consumen de manera irreparable las violaciones de dichos derechos e intereses, o bien que pueda quedar sin materia la sentencia o resolución que se pronuncien en cuanto al fondo.

Al respecto, el procesalista italiano Piero Calamandrei[7] ponía de relieve que debían considerarse como tales la anticipación provisoria de ciertos efectos de la resolución definitiva, encaminados a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma, ya que sin la aplicación de este instrumento, el resultado final del proceso, es decir, la sentencia, carecería de eficacia, o la misma sería muy reducida.

Esta institución procesal, que se desarrolló ampliamente en el ámbito del derecho interno, trascendió a la esfera internacional y por eso se consagró en el artículo 41 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

Pero es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos.

Esta necesidad determinó que si bien la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 no otorgó facultades a la Comisión y a la Corte Europeas de Derechos Humanos para solicitar u ordenar medidas precautorias o cautelares, la práctica hizo necesario introducir este

---

[7] Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

instrumento procesal en los reglamentos de ambos organismos y las mismas se han decretado en varias ocasiones.

Los preceptos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y los reglamentos y prácticas de la Comisión y de la Corte Europeas de Derechos Humanos sirvieron como modelos para el sistema interamericano de protección.

Así pues, el antiguo Reglamento de la CIDH, aprobado en la sesión del 8 de abril de 1980, regulaba en su artículo 29 la adopción de medidas cautelares en los siguientes términos:

> Artículo 29. Medidas cautelares.
>
> 1. La Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, tomar cualquier acción que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.
> 2. En casos urgentes, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Comisión podrá pedir que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consume el daño irreparable, en el caso de ser verdaderos los hechos denunciados.
> 3. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 anteriores. Si no fuera posible hacer la consulta en tiempo útil, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará inmediatamente a sus miembros.
> 4. El pedido de tales medidas y su adopción no prejuzgarán la materia de la decisión final.

En la práctica, la denominación de estos actos jurídicos expedidos por la CIDH ha sido muy variada por cuanto se alude a "medidas excepcionales de protección", "medidas cautelares urgentes", "medidas precautorias urgentes" o simplemente "medidas urgentes".[8]

---

[8] CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, D.C., 1997, pp. 29 a 38.

A lo largo de la vigencia del anterior Reglamento de CIDH, la doctrina especializada[9] distinguió entre las medidas cautelares decretadas con fundamentos en los numerales 1 y 2 del artículo 29 de la citada normatividad internacional.

En lo que concierne a las primeras, se trataba de situaciones en las cuales una persona no se encontraba ante un daño irreversible, es decir, de supuestos de hecho en los cuales la vida o integridad física de un individuo se hallaban amenazadas de forma grave e inminente. En tal sentido, la CIDH decretó medidas cautelares encaminadas a lograr el respeto de las debidas garantías judiciales en un proceso que se adelantaba contra el peticionarios.[10] En otros casos aquéllas fueron decretadas para obtener la suspensión de la ejecución judicial de los bienes de una persona mientras se buscaba una solución amistosa[11] o para suspender la concesión otorgada a una empresa privada para llevar a cabo actividades forestales en las tierras de una comunidad indígena[12] o para evitar la expulsión de un periodista extranjero.[13]

En contrapartida, las medidas cautelares decretadas con base en el numeral 2 del artículo 29 del anterior reglamento de la CIDH se encontraban reservadas para casos urgentes en los cuales se estaba ante la necesidad de evitar un daño irreparable a una persona. Como lo comenta Faúndez Ledesma[14] estas medidas se adoptaban en ca-

---

9 Véanse especialmente: Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, segunda edición, San José de Costa Rica, IIDH, 1999, pp. 269 a 275; Antonio Cançado Trindade, *The modern world of human rights: essays in honor of Thomas Burgenthal*, San José de Costa Rica, IIDH, 1996, p. 450, y Richard Lillich (com.), *Fact Finding before International Tribunals, Eleventh Sokol Colloquium*, New York, Transnational Publishers, 1992, p. 234.

10 CIDH, Informe 1/95, caso 11.006, Perú, 7 de febrero de 1995, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1994, Washington D.C. 1995, p. 74.

11 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1997, Washington D.C. 1998, p. 39.

12 Ibídem, p. 46.

13 Idem.

14 Faúndez Ledesma, ob. cit., p. 270.

sos en que los afectados fueran defensores de los derechos humanos, testigos de crímenes cometidos por agentes del Estado, personas que habían sido amenazadas con ser deportadas del país o condenados a muerte.

La doctrina coincide también en afirmar que, por su propia naturaleza, estas medidas eran de aplicación temporal, su duración no se extendía más allá de la decisión final del caso; para proceder a su adopción no era indispensable haber agotado los recursos internos y lo usual es que requieran, para su correcta implementación, del concurso de los órganos administrativos o judiciales del Estado contra el cual se expidió la medida cautelar.

El nuevo Reglamento de la CIDH, que entró en vigor el 1 de mayo de 2001 reguló el tema de las medidas cautelares en los siguientes términos:

> Artículo 25. Medidas cautelares.
>
> 1. En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas.
> 2. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría Ejecutiva con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en párrafo anterior. Si no fuera posible hacer la consulta dentro de un plazo razonable de acuerdo con las circunstancias, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará a sus miembros.
> 3. La Comisión podrá solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares.
> 4. El otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.

Nótese entonces que el nuevo Reglamento de la CIDH limitó la adopción de medidas cautelares a los casos graves y urgentes de una amenaza que se cierne contra un derecho humano reconocido en alguno de los instrumentos internacionales a los que alude el artículo 23 del Reglamento, es decir, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Por lo demás, la naturaleza jurídica de las medidas cautelares sigue siendo la misma, es decir, se trata de un acto jurídico adoptado por un organismo internacional de protección de los derechos fundamentales mediante el cual se conmina al Estado demandado para que adopte, en el menor tiempo posible, todas las medidas necesarias, de orden administrativo o judicial, a fin de que cese una amenaza que se cierne sobre un derecho humano determinado. La práctica de la CIDH en la materia muestra además que tales medidas, decretadas por un órgano de naturaleza cuasijurisdiccional, pueden ser adoptadas en el curso de un proceso que se adelante contra un Estado Parte o incluso sin que haya sido presentada aún la demanda, es decir, como una especie de medida cautelar previa.

Incorporación y efectos en el ordenamiento jurídico interno de las medidas cautelares decretadas por la CIDH.

El Reglamento de la CIDH no precisa de qué manera las medidas cautelares decretadas por este órgano internacional deben ser incorporadas o recepcionadas en el ordenamiento jurídico interno. A decir verdad, se está en presencia de un problema exclusivamente de derecho interno.

Sobre el particular cabe señalar que la doctrina internacionalista[15] coincide en afirmar que los textos constitucionales expedidos después de la Segunda Guerra Mundial se limitan a regular el trámite de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno y a realizar algunas remisiones puntuales a determinados principios del derecho internacional,[16] lo cual no ha sido óbice para considerar que las demás fuentes del derecho internacional público son incorporadas de manera automática a los ordenamientos jurídicos internos, es decir, no precisan de una norma de transformación como sería el caso de una ley.

En Colombia se aplican estas mismas reglas generales. Así pues, las medidas cautelares adoptadas por la CIDH se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico interno. En cuanto a los efectos jurídicos de las mismas, la Corte Constitucional no había tenido ocasión, hasta el momento, de pronunciarse en la materia. Por el contrario, existen algunos fallos de esta Corporación referidos a los efectos jurídicos de ciertas *recomendaciones* emanadas por organismos internacionales, en especial, aquellos de la Organización Internacional del Trabajo,[17] pero tales pronunciamientos no resultan aplicables al caso concreto dada la especial naturaleza jurídica que presentan las medidas cautelares decretadas por la CIDH.

Así las cosas, considera la Sala de Revisión que dado que el Estado colombiano es Parte en el Pacto de San José de Costa Rica, la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. Además, por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el

---

15 Araceli Mangas Martín, "Recepción del derecho internacional en el derecho español", Manuel Díez de Velasco, en *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, 2002, p. 456.

16 Al respecto son elocuentes los artículos 1.2, 9.2, 25 y 26.2 de la Ley Fundamental de Bonn, en Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 803.

17 Entre otras las siguientes sentencias: C-562 de 1992, C-147 de 1994 y la C-468 de 1997.

derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2 Superior. En otros términos, independientemente que con la medida cautelar se pretenda proteger alguno de los derechos humanos que aparecen recogidos en los instrumentos internacionales relacionados en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH,[18] que con el cumplimiento de las mismas el Estado colombiano esté ejecutando sus obligaciones internacionales, y por supuesto, al margen de la discusión sobre su carácter vinculante o no, la ejecución interna de las mismas se encamina simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución, las diversas autoridades públicas colombianas.

Aunado a lo anterior, es necesario tomar en consideración que las medidas cautelares aluden no a situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos en un Estado sino a casos concretos, particularizados, con beneficiarios determinados, que apuntan a salvaguardar los derechos a la vida e integridad personal de éstos, razón por la cual, no es de recibo el argumento de que el Estado destinatario de las medidas cautelares goce de absoluta liberalidad para cumplir o no lo decidido por la CIDH, tanto menos y en cuanto el otorgamiento de aquéllas no constituye prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.

1. Autoridades públicas colombianas llamadas a ejecutar las medidas cautelares decretadas por la CIDH

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece qué órgano del Estado debe ejecutar las medidas cautelares decretadas por la CIDH. El Reglamento Interno de la misma tampoco lo precisa. De allí que, de conformidad con los principios del

---

[18] B. Santoscoy, *La Comisión Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le systeme des pétitions individuelles,* París, LGDJ, 1995, p. 15.

derecho internacional público que informan el tema de la responsabilidad internacional, el Estado sea considerado para tales efectos como un todo, sin tomar en consideración su estructura interna. De hecho, la decisión adoptada por la CIDH no se dirige a ningún órgano interno específico sino al Estado colombiano en su conjunto, el cual deberá informarle, por medio de su autoridad competente, sobre la ejecución de la mencionada medida.

En este orden de ideas, cada Estado goza de un margen de maniobra al momento de establecer responsabilidades sobre el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la CIDH. No obstante, la decisión del Estado no es discrecional por cuanto la estructura administrativa interna que se destine para el cumplimiento de las citadas medidas debe ser realmente operativa, encontrarse debidamente coordinada y disponer de los recursos técnicos y presupuestales necesarios para el logro de su cometido. Lo anterior por cuanto la eficacia real de las decisiones adoptadas por la CIDH no depende únicamente de la naturaleza jurídica de éstas sino de su correcta implementación en el orden interno de los Estados.

Al respecto cabe señalar que, a diferencia de lo sucedido en el ordenamiento jurídico interno, las medidas cautelares adoptadas por la CIDH no se encuentran predeterminadas como tales en su Reglamento Interno, es decir, no existe un catálogo riguroso de éstas. No obstante, la práctica de la CIDH muestra que, un número importante de éstas guardan relación con dos aspectos concretos: la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal de un grupo determinado de individuos y la realización de una investigación seria, imparcial e inmediata de los hechos referenciados por el peticionario, es decir, en términos de la doctrina americana, la eficacia de los derechos a la verdad (*right to know*), a la justicia (*right to justice*) y a una reparación integral (*right to reparation*).[19] De allí que sea usual que en la ejecución interna de cumplimiento de medidas cautelares de-

---

[19] L. Joinet, *Questions of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, E/CN. 4/Sub. 2/ 1997, 20 de junio de 1997.

cretadas por la CIDH estén llamadas a intervenir no sólo autoridades administrativas sino judiciales y disciplinarias.

En el caso colombiano, el Decreto 2105 de 2001, por el cual se modificó la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores, acordó a la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, entre otras, las siguientes funciones:

[…]

7. Transmitir a las entidades estatales pertinentes las solicitudes de acción urgente que le formulan al Estado colombiano los organismos internacionales de protección de los derechos humanos ante amen amenazas o situaciones especiales de riesgo, hacer un seguimiento de las medidas adoptadas en virtud de tales amenazas o situaciones y presentar los informes periódicos a que haya lugar.
8. Coordinar el manejo de los casos individuales, que por posibles violaciones de derechos humanos, sean denunciados internacionalmente y transmitidos al gobierno de Colombia por los organismos internacionales de protección y definir las pautas que deben tenerse en relación con las actuaciones de especial trascendencia jurídica.

Así pues, de conformidad con la ley, se trata de una instancia gubernamental de coordinación entre las diversas autoridades públicas internas encargadas de ejecutar directamente el contenido de las medidas cautelares decretadas por la CIDH y del interlocutor válido entre el Estado colombiano y los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

No obstante, considera la Sala que, dados los fines que se persiguen con las medidas cautelares decretadas por la CIDH, que como se ha señalado coinciden con los principios constitucionales, la mencionada competencia de coordinación del Ministerio de Relaciones Exteriores en la materia no puede limitarse a informar las decisiones adoptadas por la CIDH a las diversas instancias internas encargadas directamente de la ejecución de las mismas y, viceversa, reportar al

órgano internacional los avances en la materia. En efecto, en estos casos, la labor de coordinación lleva implícitos aspectos materiales y no solamente formales, lo cual se traduce en la facultad con que cuenta el Ministerio para conminar a las diversas autoridades al cumplimiento inmediato de lo ordenado por la CIDH y correlativamente el deber que le asiste a éstas de colaborar efectivamente con aquél poniendo a su disposición los recursos logísticos y operativos que sean necesarios para la consecución del fin. Al mismo tiempo, la Cancillería tiene la obligación de buscar, por todos los medios disponibles, que en el mundo de lo fáctico la medida cautelar despliegue todos sus efectos, lo cual no significa nada distinto a asumir el asunto como propio orientando, por ejemplo, a la víctima sobre la existencia de los diversos programas estatales a los cuales puede recurrir para proteger sus derechos fundamentales.

En lo que concierne al actual Ministerio del Interior y de Justicia, no cabe duda que se trata de una instancia ejecutora interna de las medidas cautelares decretadas por la CIDH, por las razones que pasan a explicarse.

La Ley 199 de 1995, mediante la cual se cambió la denominación del Ministerio de Gobierno por el de Interior y se modificó su estructura orgánica, dispuso en su artículo 6 lo siguiente:

> Sistema de protección de los derechos humanos. En desarrollo de la obligación constitucional del Gobierno Nacional de garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos, *el Ministerio del Interior coordinará las actividades de todos los organismos del Ejecutivo, encargados de la promoción, protección y defensa de los derechos humanos.*
>
> El Ministerio del Interior contará con un sistema de atención a las demandas de protección de los derechos ciudadanos. El desarrollo de este sistema estará a cargo de una Unidad Administrativa Especial dependiente del Ministerio del Interior, la cual deberá actuar previamente en caso de amenaza inminente de los derechos ciudadanos y desarrollar programas orientados a la protección, preservación y restablecimiento de los derechos humanos de los denunciantes. El Ministerio del Inte-

> rior o la autoridad en la que se delegue esta función, emprenderá, de oficio, las acciones correspondientes ante las autoridades judiciales, sin detrimento de las funciones de las mismas o de las atribuciones del Ministerio Público (Énfasis agregado).

El decreto reglamentario 0372 de 1996, que estableció la estructura del Ministerio del Interior, en su artículo 28 dispuso que la Dirección General Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos tendría las siguientes funciones:

> Actuar preventivamente en los casos de amenaza inminente de los derechos humanos, desarrollar programas especiales para su protección, preservación y restablecimiento; y emprender de oficio las acciones correspondientes ante las autoridades judiciales, *así como la protección de los denunciantes* (Énfasis agregado).

Ese mismo decreto, en su artículo 49 creo el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos (CRER), conformado por las siguientes personas:

a) El Director General de la Dirección General Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos;
b) Un delegado del Viceministro del Interior;
c) Un delegado de Departamento Administrativo de Seguridad;
d) Un delegado de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos;
e) Dos delegados de la sociedad civil que serán designados por el Ministro del Interior.

La función principal del CRER era la de aprobar la reglamentación del programa de testigos y personas amenazadas, evaluar cada caso particular de riesgo y establecer los niveles de protección correspondientes.

Al año siguiente la Ley 418 creó, a cargo del Ministerio del Interior (en la actualidad Ministerio del Interior y de Justicia) un progra-

ma de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo para su vida, integridad, seguridad o libertad por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado interno y que pertenezcan a una de las siguientes categorías: dirigentes o activistas de grupos políticos y especialmente de los grupos de oposición; dirigentes y activistas de organizaciones sociales, cívicas y comunitarias, gremiales, sindicales, campesinas y de los grupos étnicos; dirigentes y activistas de las organizaciones de derechos humanos; testigos de violación de los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario, independientemente de que se hayan iniciado o no los respectivos procesos penales, disciplinarios y administrativos.

Posteriormente, mediante Decreto 978 de 2000 "por el cual se crea el Programa Especial de Protección Integral para dirigentes, miembros y sobrevivientes de la Unión Patriótica y del Partido Comunista Colombiano", adoptado dentro de la búsqueda de una solución amistosa al caso 11.227 que se adelanta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el gobierno nacional creó un Programa Especial de Protección Integral para dirigentes, miembros y sobrevivientes de la Unión Patriótica y del Partido Comunista Colombiano. Por mandato de este decreto, en desarrollo de los temas de competencia del Ministerio del Interior, se dispuso que se adoptarían medidas de seguridad tales como la protección de sedes donde se lleven a cabo actividades directamente relacionadas con el objeto de las agrupaciones a quienes se dirige el Programa, traslados dentro del país o al exterior, ayudas humanitarias, proyectos productivos y reubicación en el territorio nacional de sus dirigentes, miembros y sobrevivientes, para propender por su estabilidad socioeconómica, según la necesidad y la evaluación que sobre cada caso particular haga un Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos integrado así:

1. El Director General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior, quien lo presidirá.
2. El Vicepresidente de la República o su delegado.

3. El Coordinador del Grupo de Derechos Humanos de la Inspección General de la Policía Nacional.
4. El Gerente de la Red de Solidaridad Social o su delegado;

Asistirán como invitados permanentes con voz y voto:

5. El Secretario General del Partido Comunista Colombiano o su delegado.
6. El Presidente Nacional de la Unión Patriótica o su delegado.
7. El Presidente de la Corporación Reiniciar, peticionaria del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o su delegado, y
8. El Director de la Comisión Colombiana de Juristas, peticionaria del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o su delegado.

Ese mismo año, mediante Decreto 1592 "por el cual se reglamenta el artículo 6° de la Ley 199 de 1995" se creó un

> Programa de Protección a Periodistas y Comunicadores Sociales que en el ejercicio de su actividad profesional asuman la difusión, defensa, preservación y restablecimiento de los derechos humanos y aplicación del Derecho Internacional Humanitario y que, por tal circunstancia, se encuentren en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado que padece el país,

programa que estará a cargo de la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior. Para establecer los niveles de riesgo de esta población específica de personas se estableció otro Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos (CRER), integrado de la siguiente manera: 1) el Viceministro del Interior o su delegado, quien lo presidirá; 2) el Director General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior; 3) un delegado del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

En el año 2002 se adoptó asimismo una normatividad referida a la protección de determinadas personas. Se trata del Decreto 1386 "por el cual se dictan medidas para brindar protección a alcaldes, concejales y personeros municipales." Este programa será coordinado por la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior. Se estableció, de igual manera, un Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos *(*CRER), para efectos de evaluar los estudios técnicos de nivel de riesgo y grado de amenaza contra alcaldes, concejales y personeros y para recomendar las medidas de protección a implementarse en cada caso particular, integrado de la siguiente manera:

a) El Viceministro del Interior o su delegado, quien lo presidirá;
b) El Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), o su delegado;
c) El Director General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior;
d) El Director del Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el DIH o su delegado;
e) El Director General de la Policía Nacional o su delegado.

Cabe asimismo señalar que el artículo 28 de la Ley 782 de 2002, "Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999" mantuvo lo relacionado con las categorías de personas que pueden ser destinatarias del programa de protección del Ministerio del Interior y de Justicia, pero agregando que los interesados en ser acogidos al mismo "deben demostrar que existe conexidad directa entre la amenaza y el cargo, o la actividad que ejerce dentro de la organización", y además que "las medidas de protección correspondientes a este programa serán de carácter temporal y sujetas a revisión periódica".

Por su parte, el Decreto 200 del 3 de febrero de 2003, "Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia" establece en su artículo 17 como funciones de la Dirección de Derechos Humanos, entre otras, las siguientes:

4. Diseñar y coordinar los programas generales de protección de los derechos humanos y de prevención a la violación de los mismos, en relación con personas que se encuentren en situación de riesgo, en colaboración con el Programa Presidencial de Promoción, Respeto y Garantía de los Derechos Humanos y de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

Todos estos programas, que coordina el Ministerio de Interior y Justicia, junto con sus respetivos Comités de Reglamentación y Evaluación de Riesgos (CRER), se convierten, por su naturaleza, en instrumentos para ejecutar las medidas cautelares decretadas por la CIDH.

En cuanto a la Fiscalía General de la Nación es evidente que por su mandato constitucional constituye una instancia ejecutora interna de las medidas cautelares adoptadas por la CIDH, en lo que se refiere a la investigación penal de los hechos denunciados por quien solicitó el decreto de aquéllas. Al respecto, cabe señalar que la Fiscalía cuenta en la actualidad con una Dirección de Asuntos Internacionales, que hace las veces de puente entre el fiscal a cargo del caso y el Ministerio de Relaciones Internacionales en el sentido de que debe informar a este último sobre el avance de las investigaciones penales sobre las cuales hayan sido decretadas las mencionadas medidas y asimismo lleva "el registro sobre el estado de las investigaciones referentes a violación de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario" y atiende "los requerimientos formulados por organismos gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales", en los términos del artículo 19.3 del Decreto 261 de 2000 "Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación".

Además de su labor como organismo investigador, la Fiscalía General de la Nación es responsable de la ejecución de las medidas cautelares decretadas por la CIDH ya que cuenta con un programa de protección a testigos, víctimas e intervinientes en el proceso. De conformidad con la Resolución 2700 de 1996 el procedimiento de protección podrá ser solicitado por el funcionario judicial que esté

conociendo el proceso, cualquier otro servidor público o directamente por el interesado.

La Procuraduría General de la Nación como órgano de control de la actividad de la Administración Pública, defensor de los derechos humanos y por supuesto, en su calidad de investigador en materia disciplinaria está llamada a ejecutar en el orden interno las medidas cautelares decretadas por la CIDH en lo que se refiere a la prevención de las violaciones de los derechos fundamentales y adelanta la correspondiente investigación de los hechos que constituyan violaciones graves de los mismos y al DIH.

En relación con las labores de prevención, el Procurador General de la Nación expidió la Resolución 138 del 26 de febrero de 2003 mediante la cual adoptó los fundamentos y procedimientos contenidos en el documento "Función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en materia de Derechos Humanos". En dicho documento se afirma que "los casos que mayor atención demandan actualmente a la PGN son los asuntos del Sistema Interamericano y el Sistema de Naciones Unidas". A continuación se aclara que corresponde a la Cancillería coordinar lo referente a soluciones amistosas; proposiciones y recomendaciones de la CIDH; medidas cautelares y provisionales y los casos que propiamente lleva la Corte. En relación con la función que está llamada a cumplir la Procuraduría en estos casos se señala que:

> En el primer caso, la PGN fundamentalmente debe ser un garante de los compromisos adquiridos; en el segundo, asegurarse de que se cumplan por las autoridades responsables; en el tercero, garantizar que se tomen las medidas dispuestas por la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el cuarto, que las decisiones de la Corte, así como de otros órganos del sistema, se cumplan. En todo caso, la PGN debe igualmente asegurarse de que (sic) la información suministrada tanto a la Comisión como a la Corte, corresponden a la realidad de los hechos.[20]

---

[20] Procuraduría General de la Nación, *Función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en materia de derechos humanos*, 2003, p. 55.

De igual manera, por mandato constitucional y en ejecución de las medidas cautelares decretadas por la CIDH, la Procuraduría debe, de preferencia, adelantar las correspondientes investigaciones disciplinarias contra los funcionarios que violen los derechos humanos o el DIH, comportamientos éstos que constituyen, en virtud del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, faltas gravísimas. Le compete además velar por que los procesos penales que se sigan por estos mismos hechos avancen con celeridad.

Más allá de estos órganos de control del Estado es indudable que la ejecución de buena parte de las mencionadas medidas es de competencia de los organismos de seguridad del Estado, por cuanto se trata de adoptar mecanismos efectivos encaminados a proteger la vida e integridad de los peticionarios.

Al respecto, el Decreto 2110 de 1992 "Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad", en su artículo 6 disponía:

> Son funciones del Departamento Administrativo de Seguridad: […]
>
> 3. Proteger al Presidente de la República y a su familia en la forma que él determine, a los Expresidentes y prestar servicios de seguridad personal a *quienes por razón del cargo, posición, funciones o motivos especiales, puedan ser objeto de atentado contra su persona o bienes, cuando de ellos pudieren derivarse perturbaciones del orden público* (énfasis agregado).

Posteriormente, mediante el Decreto 218 de 2000 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad", en el parágrafo de su artículo 3 dispone:

> "Para los efectos de la seguridad que deba darse a personas y dignatarios, distintas de las enumeradas en el numeral 15 de este artículo [Presidente de la República y su familia, Ministros y Ex presidentes de la República], que requieran la protección del Estado, deberá concentrarse la asunción de dicha responsabilidad por parte de otros organismos esta-

tales que desarrollen de protección. El DAS continuará prestando tales servicios en los términos que señala el artículo 6 numeral 3 del Decreto 2110 de 1992, hasta que dichos servicios sean asumidos por otras entidades u organismos estatales.

De igual manera, de conformidad con su mandato constitucional, y teniendo presentes su visión, misión, funciones y principios de gestión, que aparecen recogidos en el Decreto 2158 de 1997, es indudable que la Policía Nacional también está llamada a cooperar en la ejecución interna de las medidas cautelares decretadas por la CIDH. En tal sentido, es indudable que en virtud de la Constitución autoridades de los ámbitos departamental y municipal como lo son los gobernadores y los alcaldes están asimismo comprometidos en la correcta ejecución interna de las mencionadas medidas internacionales. En tal sentido la Ley 62 de 1993 dispone que son atribuciones de estas autoridades públicas en relación con la Policía Nacional, entre otras, la de impartir las órdenes atinentes al servicio, por conducto del respectivo comandante y "promover en coordinación con el Comandante de la Policía programas y actividades encaminados a fortalecer el respeto por los derechos humanos y los valores cívicos".[21]

Existen otros casos en los cuales la ejecución de las medidas cautelares, por su propia naturaleza, y en cumplimiento de su mandato constitucional, requiere del concurso de las Fuerzas Militares, en coordinación con otras instancias estatales. Así por ejemplo, dentro de las decisiones adoptadas por la CIDH en el año 2002, se encuentra una medida a favor de las comunidades afrocolombianas que habitan 49 caseríos ubicados en la cuenca del río Naya mediante la cual requirió al Estado colombiano para que adoptase "medidas de protección civil no armada y acciones efectivas de control perimetral por parte de la fuerza pública con el fin de evitar incursiones armadas a las cuencas del Naya y del Yurumanguí por las bocanas del Mar Pacífico, en consulta con el Consejo Comunitario del Naya

---

[21] Artículo 16, numeral 4 de la Ley 62 de 1993.

y los peticionarios".[22] En sentido similar, en el caso de las medidas cautelares decretadas para proteger la vida e integridad física de 515 familias afrodescendientes, miembros del Consejo Comunitario de la cuenca del Jiguamiandó, la CIDH solicitó al Estado, *inter alia*, adoptar medidas preventivas de control perimetral y combate a los grupos armados en el río Atrato, facilitar el sistema de alertas tempranas, incluyendo un sistema de comunicaciones adecuado y confiable con las zonas humanitarias.[23]

En suma, en Colombia la correcta ejecución de las medidas cautelares que han sido decretadas por la CIDH depende de la eficacia que presente, de conformidad con la naturaleza que ofrezcan, la labor desarrollada por determinadas autoridades públicas, de los órdenes nacional, departamental o municipal, bien sean de coordinación del sistema, como es el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores o de ejecución de las mismas en los ámbitos administrativo, judicial o disciplinario.

2. Relaciones entre la acción de tutela y las medidas cautelares

La Sala de Revisión considera necesario realizar un paralelo entre las medidas cautelares decretadas por la CIDH y la acción de tutela, a fin de determinar la procedencia o no de esta última cuando quiera que aquéllas no han sido correctamente ejecutadas en el orden interno colombiano.

La naturaleza cautelar constituye, sin lugar a dudas, la principal semejanza existente entre el acto jurídico internacional emanado de

---

[22] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, medidas cautelares decretadas el 2 de enero de 2002 en el caso de las comunidades afrocolombianas que habitan 49 caseríos ubicados en la cuenca del Río Naya.

[23] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, medidas cautelares decretadas el 7 de noviembre de 2002 en el caso de 515 familias afrodescendientes (2125 personas), miembros del Consejo Comunitario de la cuenca del Jiguamiandó.

la CIDH y el mecanismo interno judicial de protección de los derechos humanos. En efecto, ambos apuntan a prevenir un perjuicio irremediable que se cierne sobre un determinado derecho inherente al ser humano. Se asemejan además en su carácter urgente, sumario, expedito e informal.

Las diferencias existentes entre estos mecanismos cautelares son, sin embargo, importantes. Sin duda, la acción de tutela se encamina a proteger un derecho constitucional fundamental frente a una amenaza o vulneración proveniente de una autoridad pública o de un particular por medio de la expedición de una orden judicial de pronto cumplimiento. Por su parte, las medidas cautelares decretadas por la CIDH apuntan a garantizar el goce de un derecho humano reconocido en alguno de los instrumentos internacionales a los que alude el artículo 23 del nuevo Reglamento de esta instancia internacional y, en muchos casos, a esclarecer los hechos denunciados, a investigar y sancionar a los responsables; su destinatario es el Estado colombiano excluyéndose por tanto a los particulares, debido a que las medidas cautelares hacen parte de procedimientos encaminados a establecer la *responsabilidad internacional* de un Estado Parte en un tratado internacional que versa, en este caso, sobre derechos humanos. De tal suerte que la omisión en adoptar las medidas administrativas internas necesarias para cumplir lo ordenado por la CIDH puede ser la base para que, llegado el caso y previo el agotamiento de un proceso internacional controversial, este organismo internacional estime que el Estado colombiano no está cumpliendo a cabalidad y de buena fe sus compromisos internacionales en desconocimiento del principio *pacta sunt servanda* y del artículo 1 del Pacto de San José de Costa Rica.

En la práctica, la ejecución interna de aquéllas conlleva la adopción de medidas administrativas que garanticen la seguridad de los peticionarios las cuales serán adoptadas, por decisión de la CIDH, "de conformidad con las personas protegidas", es decir, de común acuerdo entre el Estado y los peticionarios.

Cabe además señalar que la acción de tutela no fue concebida para garantizar el cumplimiento interno de las medidas cautelares

decretadas por la CIDH. No obstante, nada obsta para que, en determinados casos, los dos mecanismos puedan llegar a complementarse, cuando quiera que persigan idénticos objetivos. Así pues, el juez de tutela puede emanar una orden para que la autoridad pública proteja un derecho fundamental cuya amenaza o vulneración justificó la adopción de una medida cautelar por parte de la CIDH mas no para ordenar la mera ejecución de ésta, sin que concurran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

3. Protección de personas en condiciones especiales de riesgo

Indudablemente, el desarrollo de un conflicto armado interno conlleva poner en peligro los derechos fundamentales de la totalidad de la población civil en Colombia. No obstante, por las particularidades que el mismo ofrece, determinadas personas, en razón de su actividad profesional, sus convicciones políticas o ideológicas, su calidad de dirigente sindical o campesino o por la circunstancia particular de haber sido víctima o testigo de una violación grave de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario se encuentra en un nivel de riesgo aún mayor, razón por la cual el cumplimiento [del] deber constitucional que tienen las autoridades públicas de asegurar la vida, integridad y libertad de todas las personas residentes en Colombia (art. 2 constitucional) ofrece, correlativamente, un nivel de exigencia superior.

En tal sentido, desde temprana jurisprudencia, la Corte ha insistido en la necesidad de brindarle una especial protección a un grupo particular de personas, por vía de la acción de tutela, como es el caso de los miembros de las minorías políticas. Así, en sentencia T-439/92, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz consideró que "Los integrantes de minorías políticas que individualmente ostentan la condición de civiles pueden verse afectados con ocasión de las actividades militares y tienen derecho a solicitar del Estado su protección específica, mediante el ejercicio de los medios jurídicos más efectivos para ello, en particular de la acción de tutela."

Posteriormente, en sentencia T-590 de 1998, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte consideró que la desprotección estatal en la que se encontraban los defensores de los derechos humanos en Colombia, constituía un estado de cosas inconstitucional en los siguientes términos:

> "*Declarar* que hay un estado de cosas inconstitucional en la falta de protección a los defensores de derechos humanos y, en consecuencia *hacer un llamado a prevención* a todas las autoridades de la República para que cese tal situación, y, solicitar al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo que dentro de la obligación constitucional de guardar, proteger y promover los derechos humanos se le dé un especial favorecimiento a la protección de la vida de los defensores de los derechos humanos. Y *hacer un llamado* a todas las personas que habitan en Colombia para que cumplan con el mandato del artículo 95 de la Constitución que los obliga a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.

Cabe asimismo señalar que la Corte en sentencia T-532 de 1995, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo examinó el contenido del deber estatal de proteger a los testigos de los casos de homicidios relacionados con alteraciones al orden público en los siguientes términos:

> La evaluación acerca de la idoneidad, importancia y efectividad de la colaboración prestada por una persona en un proceso penal corresponde al fiscal competente que adelanta dicho proceso, el cual deberá definir el tipo de protección que el caso amerita, para el conocimiento y las posteriores gestiones a cargo de la Oficina de Protección de la Fiscalía. Al respecto, nada podría hacerse externamente al proceso penal y, por ello, mal podría el juez de tutela sustituir al fiscal en dicha tarea de evaluación. Sin embargo, tanto respecto de personas procesadas, juzgadas o condenadas como en relación con las que no están en esas condiciones, cuando sea evidente la vulneración o la amenaza de derechos fundamentales, puede verificarse si la Fiscalía está cumplien-

do con la obligación que le corresponde según el artículo 250, numeral 4, de la Constitución: "Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso".

De igual manera, en razón de la actividad profesional o del oficio que desarrollan, se encuentran en especial riesgo los fiscales, jueces e investigadores que asumen los casos de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; los periodistas, los integrantes de la misión médica y los líderes sindicales, comunitarios y sociales.

Los organismos internacionales de derechos humanos, de tiempo atrás, han venido asimismo recomendándole al Estado colombiano que dedique particular atención a la protección de estos grupos y personas que se hallan en condiciones especiales de riesgo y que las investigaciones penales y disciplinarias que se adelanten por casos de amenazas o atentados contra la vida e integridad de aquéllos sean objeto de un especial tratamiento.[24]

4. Acción de tutela e impulso de los procesos penales en casos de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario

Por mandato del artículo 29 constitucional, toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. En tal sentido, la Corte ha insistido en la necesidad de garantizar el principio de celeridad en la administración de justicia. Así, en sentencia T-450 de 1993, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte consideró que:

---

[24] Entre los numerosos documentos existentes en la materia ver especialmente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, 1999, OEA/Ser.L/V/II. 1, 02.Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.

> Es esencial la aplicación del principio de celeridad en la administración de justicia. Una dilación por una causa imputable al Estado no podría justificar una demora en un proceso penal. Todo lo anterior nos lleva a concluir que frente al desarrollo del proceso penal, se deben aplicar las disposiciones sobre fijación de términos en desarrollo del principio de respeto a la dignidad de la persona, como límite a la actividad sancionadora del Estado.

Posteriormente, en sentencia T-577 de 1998, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra consideró que:

> El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en nuestro Estatuto Fundamental en su artículo 29, se encuentra en armonía con el derecho a que se administre pronta y cumplida justicia, es decir, en la vigencia y realización del principio de celeridad procesal que debe regir las actuaciones de todos los funcionarios de la Rama Judicial. Por ende, cuando los funcionarios investidos de la potestad de administrar justicia dilatan indefinidamente las decisiones judiciales que deben proferir, incumplen los deberes que les son propios, conculcan el derecho fundamental mencionado y, ocasionan perjuicios a la parte afectada con esa dilación. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 228 del Estatuto Fundamental, el principio de celeridad es uno de los más importantes para la administración de justicia. El transcurso de períodos prolongados, más allá de los términos previstos en la ley para la toma de las decisiones, se traduce en una omisión constitutiva de falta de la actividad debida, la cual en sí misma es violatoria del derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, estima la Sala que cuando se trate de procesos penales que se adelanten por violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, el principio de celeridad adquiere una relevancia aún mayor no sólo por los bienes jurídicos que han sido lesionados, por las hondas repercusiones nacionales e internacionales que conllevan estos crímenes, sino además porque están de por medio los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.

En tal sentido, mediante sus fallos en sede de acción pública de inconstitucionalidad, esta Corte ha venido abriendo el camino para que las víctimas de estos crímenes puedan tener una participación mucho más activa en estos procesos penales, en especial, cuando se encuentran en etapa preliminar, que por lo demás son la gran mayoría.

Así pues, en sentencia C-1149 de 2001, con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería, la Corte dejó claramente establecido que la finalidad de la parte civil dentro del proceso penal militar no se limitaba a la búsqueda de la verdad, sino también la reparación del daño, la justicia y el efectivo acceso a ella. Se trata, por tanto, de una nueva perspectiva del papel y finalidades de la parte civil que se proyecta en varias direcciones:

> La primera y una de las más importantes es que la parte civil en el proceso penal debe contar con las mismas facultades y derechos procesales que el sindicado, como por ejemplo, la del acceso directo al expediente, desde el momento mismo de su existencia o creación del expediente, aunque no se haya dictado resolución de apertura de instrucción; el titular del bien jurídico protegido, llámese perjudicado, víctima del hecho punible, sujeto pasivo, heredero o sucesor de ellos, debe poder intervenir desde el inicio de la investigación previa y tener acceso al expediente desde el momento mismo en que éste comienza a formarse aunque no se halla llegado a la etapa de instrucción y en las mismas condiciones y con los mismos derechos del sindicado. Lo anterior no es más que consecuencia de la nueva perspectiva señalada por la Corte respecto de la parte civil pues ésta no persigue un interés meramente patrimonial, sino también la búsqueda de la verdad, la realización de la justicia y el efectivo acceso a ella.[25]

Esta nueva concepción de la parte civil tiene trascendencia en la definición y alcances de la participación de la víctima o los perjudi-

---

[25] Aclaración parcial de voto a la sentencia C-228 de 2002 del magistrado Jaime Araújo Rentería.

cados tanto durante la investigación preliminar como dentro del proceso penal. Al respecto, la Corte en sentencia C-228 de 2002, con ponencia de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, consideró que si los derechos de las víctimas

> no están limitados a la búsqueda de una reparación económica, la solicitud y presentación de documentos e información relevante también podrá estar orientada a contribuir al esclarecimiento de la verdad y a reducir el riesgo de impunidad y no sólo a demostrar la existencia de un perjuicio ni a cuantificar el daño material. Esta concepción también tiene implicaciones tanto en materia de los recursos que puede interponer contra decisiones que puedan afectar sus derechos a la verdad y a la justicia, como respecto [a] la necesidad de que las providencias que puedan menoscabar sus derechos sean conocidas oportunamente por la parte civil para que pueda controvertirlas. Por ende, está legitimada, por ejemplo, para impugnar decisiones que conduzcan a la impunidad o no realicen la justicia. Sin embargo, no le corresponde a la Corte en este proceso pronunciarse sobre todas las consecuencias de la concepción constitucional de la parte civil, puesto que la Corte debe limitarse a estudiar los cargos presentados por el demandante contra las normas por él cuestionadas y las disposiciones tan estrechamente ligadas a ella que integran una unidad normativa.

Mediante su jurisprudencia, la Corte Constitucional también ha dilucidado el contenido y alcance de los términos "genocidio",[26] "desaparición forzada", crímenes de guerra" y "crímenes de lesa humanidad". Así, en sentencia C-1076 de 2002, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández esta Corporación consideró que:

> la noción de crimen de guerra guarda una estrecha relación con los medios y métodos de combate, vale decir, con las armas elegidas por los combatientes, la manera como éstas se emplean y contra quiénes se

---

[26] Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

hace, las tácticas y estrategias seleccionadas para atacar al enemigo o a quienes se consideran sus partidarios. De allí que los autores de estas atrocidades sean los combatientes. Las víctimas, en la mayoría de los casos, serán entonces los miembros de la población civil, aunque, se insiste, la noción de crimen de guerra abarca a los combatientes como sujetos pasivos, en determinadas y precisas circunstancias. Conviene de igual manera señalar que el concepto de autor de un crimen de guerra comprende asimismo a los superiores jerárquicos, bien sea porque directamente ordenaron la comisión del acto o debido a que gracias a su omisión de control y vigilancia, sus subalternos pudieron perpetrar el delito (y que por el contrario, el concepto de crimen de lesa humanidad) reviste importantes elementos cuantitativos y cualitativos, que permiten distinguirlo de otras categorías de delitos. En efecto, no se debe tratar de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que esté dirigido contra una multitud de personas, y sistemático, lo que significa que el delito se inscriba en un plan cuidadosamente orquestado, que ponga en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado.[27] Además, el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil, lo cual permite diferenciarlo de los crímenes de guerra, que abarcan, como hemos visto, a los combatientes. Se precisa, por último, que el acto tenga un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.

Así las cosas, merced a la jurisprudencia de esta Corporación existe una nueva concepción de los derechos sustanciales y procesales de las víctimas en los casos de violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario y los organismos de seguridad del Estado, los fiscales y los jueces cuentan con las herramientas teóricas necesarias y suficientes para investigar y castigar estos crímenes. Si se toma además en consideración que estos deli-

---

[27] Idem.

tos tienen repercusiones profundas en la sociedad, que la investigación de los mismos va de la mano no sólo del cumplimiento de los mandatos constitucionales sino de diversos compromisos internacionales asumidos por Colombia y que, de tiempo atrás, el Estado ha venido estructurando todo un sistema de protección para determinados grupos de personas cuya vida, integridad o libertad se encuentran en peligro precisamente por haber sido víctimas o testigos de esta clase de crímenes o son hostigados por denunciarlos, se colige fácilmente que el grado de exigibilidad del principio constitucional de celeridad, para el conjunto de las autoridades públicas, resulta ser mayor que en los demás procesos penales.

En lo que concierne a la víctima o al testigo de estos crímenes, por mandato constitucional, está en el deber ciudadano de colaborar con la administración de justicia en el esclarecimiento de los hechos. No obstante, el cumplimiento de tal deber va acompañado de la correlativa obligación del Estado de brindarle la necesaria protección al declarante, tomando en consideración las circunstancias en que fueron cometidos los hechos denunciados y las calidades personales, familiares y profesionales de la persona que será protegida.

Para la Sala entonces los retardos injustificados que se presentan en las investigaciones que se adelantan por violaciones graves de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario no son imputables a la carencia de herramientas jurídicas necesarias para que la víctima acceda al proceso penal y coopere con su adelantamiento o a la no comprensión de los nuevos tipos penales por los operadores jurídicos sino que, en la actualidad, constituyen una responsabilidad compartida entre quienes son los encargados de arbitrar los recursos económicos necesarios para que la administración de justicia tenga los medios para actuar, las diversas autoridades públicas encargadas directamente bien sea de investigar los hechos, ejercer funciones de policía judicial, brindar protección efectiva a los testigos y víctimas de los crímenes o incluso garantizar la vida e integridad de los funcionarios judiciales en el adelantamiento de sus labores de investigación.

Así las cosas se trata, sin lugar a dudas, de un complejo problema estructural de nuestra justicia penal que explica, en buena medida, los elevados índices de impunidad que existen en esta clase de crímenes y la limitada eficacia que tienen las medidas cautelares decretadas por organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

De tal suerte que, en principio, la acción de tutela no sería el mecanismo indicado, y ni siquiera idóneo, para intentar transformar este estado de cosas ya que se estaría ante la búsqueda de una protección objetiva de los derechos fundamentales y no subjetiva que es aquella que se logra mediante la mencionada acción, lo cual no quiere decir que, en un caso concreto de amenaza o vulneración de los derechos de las víctimas a conocer la verdad, a obtener justicia o reparación, y a recibir la adecuada protección por parte del Estado, el juez de tutela no pueda impartir las órdenes correspondientes contra las autoridades que en un determinado asunto hayan incumplido con sus deberes constitucionales de respetar y garantizar el disfrute de los derechos humanos. [...]

Corte Constitucional
Sentencia T-786 de 2003
Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
11 de septiembre de 2003

IV. Consideraciones de la Corte Constitucional [...]

A. Fundamentos

Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala Sexta de revisión establecer:

a) Si es procedente solicitar el cumplimiento de medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de tutela.

b) Si el incumplimiento de estas medidas cautelares constituye una vulneración al debido proceso.

1. Vinculatoriedad de las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Estado colombiano

1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de Estados Americanos, como lo indica el artículo 51 de la Carta de la OEA. Colombia forma parte de la Organización de Estados Americanos. Además, es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –aprobada por la Ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973– la cual en su parte segunda, capítulo VI, fija los órganos competentes para la protección de los derechos consagrados, dentro de los cuales se encuentra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en la cual participa Colombia. El Reglamento de este órgano autónomo de la OEA es desarrollo del Estatuto que a su vez lo es de la Convención, y por ello forma parte de esta última. La Convención, como tratado de derechos humanos, según el artículo 93 constitucional, inciso primero, está incorporada al ordenamiento interno y hace parte del bloque de constitucionalidad.

El nuevo Reglamento de la Comisión, que entró en vigor el 1º de mayo de 2001 reguló el tema de las medidas cautelares en los siguientes términos:

> Artículo 25. Medidas cautelares.
>
> 1. En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas.

2. Si la Comisión no está reunida, el Presidente, o a falta de éste, uno de los Vicepresidentes, consultará por medio de la Secretaría Ejecutiva con los demás miembros sobre la aplicación de lo dispuesto en párrafo anterior. Si no fuera posible hacer la consulta dentro de un plazo razonable de acuerdo a las circunstancias, el Presidente tomará la decisión, en nombre de la Comisión y la comunicará a sus miembros.
3. La Comisión podrá solicitar información a las partes interesadas sobre cualquier asunto relacionado con la adopción y vigencia de las medidas cautelares.
4. El otorgamiento de tales medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.

Si las medidas cautelares están consagradas como una de las competencias de la Comisión Interamericana de las cuales puede hacer uso para la efectiva protección de los Derechos Humanos consagrados en la Convención, y son desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer esta última parte del bloque de constitucionalidad sí tienen vinculatoriedad en el ordenamiento interno.

A través de la Ley 288 de 1996 se reconoció la vinculatoriedad de las indemnizaciones decretadas por la Comisión o la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y se estableció un procedimiento para su efectivización a nivel interno. Siguiendo la vinculatoriedad que esta ley establece para las órdenes de indemnización por vulneración de Derechos Humanos, en consonancia con lo expuesto en el párrafo anterior, se puede afirmar que las medidas cautelares son claramente vinculantes en el orden interno.

Además, la Sala Sexta considera que el incumplimiento de la medida cautelar implica un desconocimiento de la obligación internacional consagrada en los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señalan respectivamente que:

> los Estados Partes en esta Convención se comprometen a *respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio* a

> toda persona que está que está sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, (y que) si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas *o de otro carácter*, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (énfasis agregado).

Sobre las implicaciones de la obligación de garantizar ha dicho la doctrina de derecho internacional que:

> organizar todo el aparato gubernamental, y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...) el Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes, y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.[1]

De esto se desprende que no basta con la mera consagración de los derechos humanos en normas internas para cumplir con la obligación de garantía sino que se requiere del cumplimiento efectivo de las leyes y la imposición de consecuencias adversas respectiva [sic] por su desacato.

Si se evidencia por la orden dada en la medida cautelar que existe una persona cuya vida corre peligro, y, no obstante, el Estado no

---

[1] Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 65.

realiza las acciones necesarias para proteger a este sujeto, no estará brindando las condiciones para el libre y pleno ejercicio del derecho que se busca proteger con la medida, como se desprende del artículo 1° de la Convención.

Paralelamente, se ha considerado que de la obligación consagrada en el artículo 2° de adoptar medidas legislativas o de otro carácter se deriva que "[e]l Estado está obligado a tomar medidas para garantizar la vida y la integridad personal de aquellas personas cuyos derechos pudieren estar amenazados". También se ha estimado que "la obligación inherente a todo Estado Parte en un tratado de cumplir de buena fe con las obligaciones contraídas en el marco de la Convención le impone a los Estados el deber de acatar las medidas cautelares dispuestas por la Comisión".[2]

La obligación del Estado de cumplir las órdenes emanadas de la Comisión en las medidas cautelares se refuerza con el hecho de que al ratificar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Colombia aceptó el artículo 44 que señala que "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte." Si el Estado reconoció el derecho a presentar peticiones individuales de protección de los derechos humanos, no puede negar que las órdenes que profiera la Comisión en el conocimiento de las mismas lo vinculan. Negarse a su cumplimiento sería desconocer la competencia de la Comisión y, por tanto, violar la Convención.

Vale la pena resaltar que esta protección debe ser inmediata puesto que sólo de esta manera se cumple el propósito de la medida cautelar la cual es proferida antes de que exista un pronunciamiento definitivo, para evitar un perjuicio irremediable. Si se ponen trabas a su cumplimiento y por esto se tarda éste, se desnaturaliza la medida.

---

[2] Ibídem, p. 273.

1.2. En reciente jurisprudencia, la Corte abordó el estudio de hechos semejantes a los de la presente tutela. En efecto, en la sentencia T-558/03, magistrada ponente Clara Inés Vargas, la Sala Novena de Revisión conoció de un caso en el cual el hijo de la accionante había sido víctima de un presunto desaparecimiento forzado. Por tal motivo, ésta solicitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se le concediera protección a su vida y a la de todos sus familiares. En consecuencia, la Comisión ordenó al Estado colombiano implementar las medidas de protección necesarias para garantizar vida de los familiares del presunto desaparecido. A pesar de la existencia de tal orden, señalaba la accionante, habían torturado a uno de los miembros de su familia. La peticionaria indicaba que si bien se habían ordenado más de dos veces las medidas cautelares, el Estado había hecho caso omiso a éstas. Por tal motivo, pedía que se hicieran efectivas.

Sobre la naturaleza de las medidas cautelares decretadas por la Comisión afirmó la mencionada sentencia que:

> [La medida cautelar] se trata de un acto jurídico adoptado por un organismo internacional de protección de los derechos fundamentales mediante el cual se conmina al Estado demandado para que adopte, en el menor tiempo posible, todas las medidas necesarias, de orden administrativo o judicial, a fin de que cese una amenaza que se cierne sobre un derecho humano determinado.

Con respecto a los efectos de la medida cautelar en el ordenamiento jurídico interno dijo la mencionada sentencia:

> [L]a doctrina internacionalista[3] coincide en afirmar que los textos constitucionales expedidos después de la Segunda Guerra Mundial se limitan a regular el trámite de incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno y a realizar algunas remisiones pun-

---

[3] Araceli Mangas Martín, "Recepción del derecho internacional en el derecho español", en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, 2002, p. 456.

tuales a determinados principios del derecho internacional,[4] lo cual no ha sido óbice para considerar que las demás fuentes del derecho internacional público son incorporadas de manera automática a los ordenamientos jurídicos internos, es decir, no precisan de una norma de transformación como sería el caso de una ley.

En Colombia se aplican estas mismas reglas generales. Así pues, las medidas cautelares adoptadas por la CIDH se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico interno.

[...]

[D]ado que el Estado colombiano es Parte en el Pacto de San José de Costa Rica, la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. Además, por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2 Superior. En otros términos, independientemente que con la medida cautelar se pretenda proteger alguno de los derechos humanos que aparecen recogidos en los instrumentos internacionales relacionados en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH,[5] que con el cumplimiento de las mismas el Estado colombiano esté ejecutando sus obligaciones internacionales, y por supuesto, al margen de la discusión sobre su carácter vinculante o no, la ejecución interna de las mismas se encamina simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución, las diversas autoridades públicas colombianas.

---

4 Al respecto son elocuentes los artículos 1.2, 9.2, 25 y 26.2 de la Ley Fundamental de Bonn, en Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 803.

5 B. Santoscoy, *La Comisión Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le systeme des pétitions individuelles*, París, LGDJ, 1995, p. 15.

En la presente ocasión se acogen los argumentos expuestos por la sentencia relacionada. En efecto, no es facultativo del Estado colombiano determinar si acata o no una medida por un órgano al cual él, mediante el reconocimiento de la Carta de la Organización de Estados Americanos y la ratificación de la Convención, le atribuyó competencia.

2. Autoridades encargadas de la ejecución de medidas cautelares determinadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Como autoridades encargadas de la ejecución de las medidas cautelares decretadas por la Comisión, en ausencia de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o el reglamento de la Comisión así lo indiquen, la Corte indicó que se debería considerar al Estado colombiano como un todo. Puesto que las medidas de la Comisión usualmente están relacionadas con la protección al derecho a la vida y a la integridad personal y la eficacia de los derechos de verdad, justicia y reparación, es común que se vean involucradas en su ejecución autoridades administrativas judiciales y disciplinarias. Dentro de éstas, la sentencia T-558/03 mencionó a:

a) El Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, que en virtud de lo señalado en el Decreto 2105 de 2001 debe:

[…]

7. Transmitir a las entidades estatales pertinentes las solicitudes de acción urgente que le formulan al Estado colombiano los organismos internacionales de protección de los derechos humanos ante amen amenazas o situaciones especiales de riesgo, hacer un seguimiento de las medidas adoptadas en virtud de tales amenazas o situaciones y presentar los informes periódicos a que haya lugar.

8. Coordinar el manejo de los casos individuales, que por posibles violaciones de derechos humanos, sean denunciados internacionalmente y transmitidos al gobierno de Colombia por los organismos internacionales de protección y definir las pautas que deben tenerse en relación con las actuaciones de especial trascendencia jurídica.

Frente a la labor de esta entidad, la Corte precisó que si bien su obligación era de coordinación ésta

> lleva implícitos aspectos materiales y no solamente formales, lo cual se traduce en la facultad con que cuenta el Ministerio para conminar a las diversas autoridades al cumplimiento inmediato de lo ordenado por la CIDH y correlativamente el deber que le asiste a éstas de colaborar efectivamente con aquél poniendo a su disposición los recursos logísticos y operativos que sean necesarios para la consecución del fin. Al mismo tiempo, la Cancillería tiene la obligación de buscar, por todos los medios disponibles, que en el mundo de lo fáctico la medida cautelar despliegue todos sus efectos, lo cual no significa nada distinto a asumir el asunto como propio orientando, por ejemplo, a la víctima sobre la existencia de los diversos programas estatales a los cuales puede recurrir para proteger sus derechos fundamentales.

La Sala Sexta, corroborando lo dicho por la Sala Novena, recuerda que la Corte ya ha señalado que la labor de coordinación de las actividades que conllevan la protección de los derechos fundamentales implica un seguimiento del efectivo cumplimiento de la labor y la puesta en marcha de todos los medios que tenga la entidad para que esto sea así. En la tutela T-669/03[6] en la cual se estudiaba la diligencia de la Red de Solidaridad en el cumplimiento de su labor de coordinación de las entidades encargadas de los proyectos productivos se dijo:

---

[6] M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

> La Corte reconoce que la labor asignada a la Red de Solidaridad Social es de coordinación de las entidades que brindan proyectos productivos. No obstante, si bien ella no es la prestadora directa de las capacitaciones *no es ajeno a su deber de coordinación velar porque una vez enviada la persona a determinada entidad, por ejemplo el SENA, la atención que ésta brinde no tenga obstáculos excesivos que la hagan ineficaz. La coordinación de la entidades debe ser continuada y, por tanto, implicar un seguimiento de la ayuda que se les está brindando a los desplazados remitidos a las diferentes instituciones.*
>
> Siendo esto así, en el caso concreto se hace necesario que la Red no sólo le exponga a la señora Palacios cuáles son las diferentes alternativas de reestablecimiento económico que existen, sino que haga un seguimiento de la atención que las entidades a las cuáles coordina le brinden a la accionante, para que ésta sea efectiva (énfasis agregado).
>
> En virtud de estas consideraciones se dispuso:
>
> *Ordenar* a la Red de Solidaridad Social que una vez brindada la asesoría acerca de las diferentes alternativas de consolidación económica, *haga un seguimiento de la efectiva atención de la peticionaria en la entidad a la cual acuda para obtener tal consolidación y tome las medidas de coordinación necesarias en caso de que constate que no se están desplegando las actividades para proteger el derecho al trabajo de la peticionaria* (énfasis agregado).

b) El Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección General de Derechos Humanos, el cual tiene a su cargo varios programas de protección de denunciantes de violaciones de derechos humanos y defensores de estos derechos, se hayan o no iniciado los procesos penales, disciplinarios y administrativos, para cuyo funcionamiento se establecieron los respectivos Comités de Reglamentación y Evaluación de Riesgos (CRER).[7]

---

[7] Para un conocimiento más detallado de la normatividad que regula estos programas ver sentencia T-558/03.

d) [sic] La Fiscalía General de la Nación la cual juega un papel importante en el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la Comisión en lo relativo a la investigación penal de los hechos denunciados por el solicitante de la medida. De manera especial, la Dirección de Asuntos Internacionales que atiende "los requerimientos formulados por organismos gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales", según el artículo 19.3 del Decreto 261 de 2000.

Por otro lado, la Fiscalía cuenta con un programa de protección a víctimas y testigos e intervinientes en el proceso el cual debe cobijar a los sujetos para los cuales se decretan las medidas cautelares.

e) La Procuraduría General de la Nación que también desempeña una importante labor tanto en su calidad de defensor de los derechos humanos, como en su tarea de adelantar las investigaciones disciplinarias, por ejemplo, contra los funcionarios que violen los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario, en el momento de poner en marcha las medidas cautelares. Como refuerzo de lo anterior, en la Resolución No. 138 del 26 de febrero de 2003, el Procurador General de la Nación, como se señaló en la sentencia T-558 de 2003 afirmó que:

> En el primer caso, la PGN fundamentalmente debe ser un garante de los compromisos adquiridos; en el segundo, asegurarse de que se cumplan por las autoridades responsables; en el tercero, *garantizar que se tomen las medidas dispuestas por la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* y en el cuarto, que las decisiones de la Corte, así como de otros órganos del sistema, se cumplan. En todo caso, la PGN debe igualmente asegurarse de que (sic) la información suministrada tanto a la Comisión como a la Corte, corresponde a la realidad de los hechos[8] (énfasis agregado).

---

[8] Procuraduría General de la Nación, *Función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en materia de derechos humanos*, 2003, p. 55.

f) El Departamento Administrativo de Seguridad, el cual tiene la estructura necesaria para adoptar medidas tendientes a proteger la vida e integridad de "quienes por razón del cargo, posición, funciones o motivos especiales, puedan ser objeto de atentado contra su persona o bienes, cuando ello pudiera derivarse del orden público".[9]

g) La Policía Nacional,[10] y los alcaldes y gobernadores que a nivel municipal y departamental la coordinan,[11] también están comprometidos con la ejecución de las medidas.

Concluye la Corte afirmando que:

> [e]n suma, en Colombia la correcta ejecución de las medidas cautelares que han sido decretadas por la CIDH depende de la eficacia que presente, de conformidad con la naturaleza que ofrezcan, la labor desarrollada por determinadas autoridades públicas, de los órdenes nacional, departamental o municipal, bien sean de coordinación del sistema, como es el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores o de ejecución de las mismas en los ámbitos administrativo, judicial o disciplinario.

---

9 Artículo 6, Decreto 2110 de 1992. Esta función fue restringida por el artículo 3° del Decreto 218 de 2000, en el sentido de que en la actualidad el DAS sólo está encargado de la protección de la vida de los funcionarios señalados en el artículo 15 del mencionado Decreto y de la del resto de personas que la requieran estarán encargados "otros organismos estatales que desarrollen protección". No obstante, la norma señala que el DAS continuará con esta función hasta que sea asumida "por otras entidades u otros organismos estatales."

10 En virtud de la visión, misión, funciones y principios de gestión señalados en el Decreto 2158 de 1997.

11 Por ejemplo, la Ley 62 de 1993 señala, en su artículo 16 numeral 4°, que deben "promover en coordinación con el Comandante de la Policía programas y actividades encaminados a fortalecer el respeto por los derechos humanos y los valores cívicos".

3. Protección al debido proceso a través de orden de cumplimiento de medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

3.1. En un Estado social de derecho se requiere que la justicia formal se materialice; una orden plasmada en el papel, sin que sea ejecutoriada deja intacta la situación de vulneración de los derechos que se pretenden proteger. Esto se agrava cuando los derechos por los cuales se vela en la orden son de carácter fundamental.

Tomando esto en consideración, la Corte ha ordenado el cumplimiento de sentencias[12], medidas cautelares[13] e incluso actos adminis-

---

[12] En la sentencia T-534/97, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, se ordenó el cumplimiento de una sentencia de reintegro laboral. Ordenando el cumplimiento de una sentencia de reintegro laboral, ver también T-211/99, M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-084/01, M. P. Antonio Barrera Carbonell. También se ha ordenado el cumplimiento de obligaciones de dar diferentes al reintegro laboral. Por ejemplo, la sentencia T-1686/00, magistrado ponente José Gregorio Hernández, tuteló el cumplimiento de un fallo que ordenaba que después de una fusión empresarial, se tuviera como convención colectiva aquella de la empresa fusionada con mayor antigüedad. Sin embargo, se ha considerado que a través de tutela sólo procede la orden de obligaciones de hacer, mas no de las de dar. Por ejemplo, en la sentencia T-342/02, magistrado ponente Manuel José Cepeda, se negó la tutela a un señor que solicitaba se ordenara el cumplimiento de una sentencia en la cual se había reliquidado su pensión. Para el efectivo cumplimiento de sentencias que conllevan obligaciones pecuniarias, la Corte ha encontrado eficaz el proceso ejecutivo.

[13] En la presente ocasión, vale la pena destacar que a través de tutela no sólo se puede ordenar el cumplimiento de sentencias. Cuando de la efectiva ejecución de una medida cautelar depende la protección de un derecho fundamental, también se ha ordenado el cumplimiento de ésta. En la sentencia T-262/97, M. P. José Gregorio Hernández, se ordenó el cumplimiento de una medida de embargo de cuentas bancarias de la entidad demandada en un proceso laboral por deudas de carácter laboral, a pesar de que se había alegado la inembargabilidad de éstas. Además, la Corte señaló que la protección del debido proceso no se circunscribe únicamente a la relación partes-juez, sino que cubre a los sujetos procesales y a las personas que participan en el curso del proceso. Afirmó la Corporación que: "[E]l debido proceso puede ser violado no sólo por

trativos[14] proferidos por organismos del orden interno. Se ha considerado que:

> Los derechos procesales fundamentales no restringen su efectividad a la existencia de un proceso. Ellos incluyen tanto el derecho a acceder a la justicia[*] (CP, art. 22[9]) como el derecho a la ejecución de las sentencias en firme (CP, arts. 1, 2 y 29). Lo contrario llevaría a restarle toda fuerza coercitiva a las normas jurídicas, convirtiendo las decisiones judiciales y la eficacia de los derechos en ellas reconocidos, en formas hueras, carentes de contenido. [15]

---

los sujetos procesales en estricto sentido, esto es, juez y partes, sino que también es posible que resulte vulnerado por personas que participan en el curso del proceso, bien sea por los llamados 'colaboradores de la justicia', por los intervinientes, o por los sujetos que deben cumplir ciertas órdenes judiciales que van dirigidas a hacer efectivos los derechos reconocidos o declarados judicialmente. En este último evento, si se desacatan las órdenes judiciales, se impide el goce de los derechos subjetivos de una de las partes en el proceso, los cuales quedarían reducidos a una simple declaración abstracta de imposible realización, contra el concepto mismo de justicia".

14 A través de tutela no sólo se ha ordenado el cumplimiento de órdenes proferidas por autoridades judiciales, sino también de aquellas emanadas de autoridades administrativas, por considerarlo indispensable para la protección de derechos fundamentales. En la sentencia T-206/94, M. P. José Gregorio Hernández Galindo en la cual se estudiaba la vulneración del derecho a la salud y al medio ambiente sano de una comunidad la cual se estaba viendo gravemente afectada por el arrojamiento de aguas negras al sector residencial, la Corte Constitucional concedió la tutela. Observando que la Alcaldía accionada había proferido una resolución en la cual ordenaba el cese del vertimiento de aguas lluvias, la Corte ordenó su efectivo cumplimiento por parte de la administración y fijó a la administración la obligación de velar por acatamiento por parte de los particulares a los cuales vinculaba.

* Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-431 del 24 de junio de 1992.

15 En la sentencia T-554/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se conoció de un caso en el cual a pesar de que se había ordenado el reintegro de un maestro no se había dado cumplimiento a esto por falta de vacantes, la Corte ordenó el cumplimiento de la sentencia.

En efecto, el cumplimiento de sentencias se ha considerado como un derecho fundamental. Así se ha calificado en las sentencias T-395/01, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-406/02, magistrada ponente Clara Inés Vargas.[16]

3.2. Afirma la sentencia T-558/03 que la protección de las personas en condiciones especiales de riesgo puede implicar la orden del efectivo cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana cuando éstas se hayan proferido para procurar la protección de la vida e integridad del sujeto que ha acudido ante instancias internacionales por la coincidencia de fines que se da con la tutela.[17]

Además, la sentencia indica que la orden de cumplimiento de las medidas cautelares cuando éstas tiendan a proteger la vida e integridad personal del accionante se refuerza por el hecho de que la Corte

---

16 En estas sentencias se ordenó el cumplimiento de una sentencia que establecía el reintegro laboral, a pesar de que había existido sustitución patronal.

17 Dijo la sentencia: "nada obsta para que, en determinados casos, [la tutela y las medidas cautelares] puedan llegar a complementarse, cuando quiera que persigan idénticos objetivos. Así pues, el juez de tutela puede emanar una orden para que la autoridad pública proteja un derecho fundamental cuya amenaza o vulneración justificó la adopción de una medida cautelar por parte de la CIDH mas no para ordenar la mera ejecución de ésta, sin que concurran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela". Esto fue reafirmado, en los siguientes términos: "(...) *para la Sala la debida ejecución de unas medidas cautelares decretadas por la CIDH,* encaminadas a brindarle protección a unas víctimas o testigos de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, *puede ser demandada en sede deacción de tutela* por cuanto existe una coincidencia entre los derechos fundamentales protegidos y la amenaza de peligro en la que se encuentran. Sin duda, la protección a la vida e integridad física por parte de las autoridades, así como los resultados de una investigación penal o disciplinaria en estos temas pasa por que el Estado brinde una efectiva protección a los peticionarios, es decir, la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación depende, en buena medida, de la eficacia que tenga la protección que el Estado debe brindar a personas que se hallan en especial riesgo, como lo son los testigos y las víctimas de esta clase de crímenes"(énfasis agregado).

ha prestado particular atención a la protección de personas en condiciones especiales de riesgo.[18]

3.3. La Sala considera válidos los argumentos presentados en la sentencia T-558/03, pero estima que en éstos no se comprenden todos los fundamentos de la orden de cumplimiento de la medida cautelar a través de tutela. Lo anterior puesto que el incumplimiento de las medidas cautelares también implica la vulneración del derecho al debido proceso[19] –tanto interno como internacional– que, como ya se vio, incluye el cumplimiento de las medidas tomadas por las autoridades competentes de la efectiva protección de los derechos.

Esta afirmación se sustenta en las siguientes premisas:

i) Colombia ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos.[20]
ii) Al hacerlo reconoció la competencia que tienen los órganos encargados de su protección –Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos–.
iii) El ejercicio de sus competencias para la efectiva protección de los derechos sconsagrados en la Convención, en particular el conocimiento de denuncias individuales, está regido por un proceso claramente determinado.

En efecto, el conocimiento de comunicaciones y peticiones sobre violaciones de los derechos consagrados en la Convención"está sometida a procedimientos preestablecidos, que suponen un examen de la situación planteada por el peticionario, confiriendo las mismas oportunidades procesales tanto al denunciante como al Es-

---

18 Remite la sentencia a los fallos: T-439/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-590/98, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y T-532/95, M. P. José Gregorio Hernández.

19 El cual también se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8°.

20 El 31 de julio de 1973. La Convención fue aprobada por medio de la Ley 16 de 1972.

tado denunciado, y que requieren un pronunciamiento de la Comisión, sobre la base del Derecho [constituido principalmente por la Convención], con miras a la solución del caso que se le ha sometido."[21] Primero, la Comisión es el órgano competente para recibir denuncias particulares a través de las cuales los individuos pueden accionar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el cual continúa siendo impulsado por ésta, a través de sus facultades, hasta la conclusión del procedimiento –regulado por su Estatuto y su Reglamento–.[22] Dentro del trámite de conocimiento de las peticiones individuales por vulneración de derechos humanos, la Comisión tiene facultades para investigar y recaudar pruebas para una mejor ilustración de sus miembros; ante este organismo, el Estado al cual se le atribuye la vulneración puede presentar alegatos. Por último, la petición puede llegar incluso a desembocar en una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra el Estado respectivo.

iv) De ese debido proceso es titular la persona que haciendo uso del derecho que le da la Convención de presentar peticiones individuales acude a presentar la propia, por la presunta vulneración de derechos humanos por parte del Estado, y, también, el Estado denunciado.[23]
vi) [sic] El pleno cumplimiento al debido proceso para el individuo que solicita la protección ante instancias internacionales se debe perfeccionar a nivel interno cuando el Estado cumpla con lo dispuesto por la Comisión.
vii) En caso de que no se cumpla integralmente con el debido proceso, su cumplimiento puede ser exigido a través de tutela. Este mecanismo procede puesto que a nivel interno no hay ninguna otra garantía judicial para exigir el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la Comisión. [...]

---

21 Faúndez Ledesma, ob. cit., p. 132.

22 Ibídem, pp. 133-134.

23 Como también se pueden presentar denuncias individuales de Estado contra Estado, las partes de este proceso serían éstos.

Corte Constitucional
Sentencia T-327 de 2004
Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra
15 de abril de 2004

[…] II. Consideraciones y fundamentos […]

3. Contenido general de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 18 de junio de 2002 (fls. 17 a 37). Reiteración de la jurisprudencia expuesta en la sentencia T-558 de 2003 y en otras providencias

3.1 Contenido de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 18 de junio de 2002 (fls. 17 a 30)

Esta Resolución estableció "Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto de Colombia", en relación con el "Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó".

La primera parte de la Resolución corresponde a Vistos, que se divide en los siguientes puntos:

a) El punto primero señala que este pronunciamiento de la Corte se origina en el escrito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 3 de octubre de 2000, con el cual se elevó solicitud de medidas provisionales a favor de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, departamento de Antioquia, con el fin de que se les proteja su vida e integridad personal, en relación con el caso No. 12.325, pues la Comisión expresó que los residentes de dicha Comunidad "han sido objeto de graves actos de violencia y hostigamiento por parte de grupos paramilitares de la zona" de los que "sentían también responsables miembros del Ejército de Colombia. En particular, la Comisión comunicó a la Corte que ha sido informada del asesinato de 47 de los miembros de la Comunidad en un período de 9 meses" (fl. 17).

b) El segundo, cita la Resolución del presidente de la Corte, de fecha 9 de octubre de 2000, en la que requirió al Estado colombiano adoptar sin dilación, las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal de las personas allí mencionadas. Enumera con sus nombres a 188 personas.

En esta Resolución se establecieron, además, unas obligaciones al Estado colombiano de informar periódicamente sobre las medidas adoptadas y se citó a una audiencia pública, en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el día 16 de noviembre de 2000.

c) La Resolución de la Corte Interamericana de fecha 24 de noviembre de 2000, resolvió ratificar en todas sus partes la Resolución del 9 de 2000.

Señala la Resolución que el Estado colombiano presentó los informes en relación con las medidas que ha adoptado para el cumplimiento de la Resolución del 24 de noviembre de 2000, en las siguientes fechas: 24 de enero, 23 de marzo, 4 de junio, 6 de agosto, 8 de octubre y 7 de diciembre de 2001, y 8 de febrero y 2 de mayo de 2002.

Así mismo, puso de presente los escritos de la Comisión Interamericana de fechas 22 de julio, 2 de diciembre de 2001, 19 de marzo, 1 de abril y 10 de mayo de 2002, entre otras, en los que la Comisión informó sobre varios hechos acaecidos en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, *con posterioridad de las medidas provisionales.*

Para la Comisión, dada la gravedad de la situación, también se debe garantizar el transporte público con alimentos necesarios para el consumo de la comunidad y brindar el apoyo necesario a la Comunidad de Paz frente a la opinión pública y las fuerzas de seguridad que operan a nivel local y deben velar por su seguridad. *La Comisión detalló la ocurrencia de 22 hechos relativos con la situación que padece la Comunidad de Paz, entre el 15 de diciembre de 2001 y el 6 de mayo de 2002.*

d) Resolución del presidente de la Corte Interamericana de fecha 26 de abril de 2002, que resolvió convocar a la Comisión y al Estado colombiano a una audiencia pública en la sede de la Corte, el 13 de junio de 2002.

La audiencia se realizó con presencia del Estado colombiano y de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, cada parte presentó sus alegatos. Es de observar que dentro de los argumentos del Estado colombiano, éste reconoce que las medidas "no han sido las más óptimas o las más eficientes en términos de seguridad" (fl. 25).

e) Hasta aquí los Vistos de la Resolución. Ahora se mencionarán las *Consideraciones*, así:

En las consideraciones se lee que las 188 personas a las que se aludió en las anteriores Resoluciones se encuentran en situación de grave peligro por su pertenencia a la Comunidad de Paz y están determinadas, pero además, estima que hay otras personas que también están en situación de riesgo, y que aun cuando no están determinadas, pueden serlo, y se trata de quienes prestan el servicio público de transporte, pues la mayoría de los actos de violencia se han presentado en la carretera que conduce de Apartadó a San José de Apartadó, en el terminal de transporte de Apartadó y en el sitio Tierra Amarilla.

Por lo que para la Corte Interamericana, *se deben proteger no sólo los derechos de los miembros de la Comunidad de Paz, sino también, las personas que tengan un vínculo de servicio con esta Comunidad, a la luz de la Convención Americana y en el Derecho Internacional Humanitario*.

Por todas estas razones, la Corte Interamericana, en la Resolución del 18 de junio de 2002,

"Resuelve:

1. Requerir al Estado que mantenga las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en los términos de la Resolución del presidente de la Corte del 9 de octubre de

2000 y la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000.

2. Requerir al Estado que adopte las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas que prestan servicios a los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en los términos de los considerandos octavo, noveno y décimo primero de la presente Resolución.
3. Requerir al Estado que investigue los hechos que motivan la ampliación de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.
4. Requerir al Estado que mantenga cuantas medidas sean necesarias para asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual y continúe asegurando las condiciones necesarias para que las personas de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares.
5. Requerir al Estado que garantice las condiciones de seguridad necesarias en la ruta entre San José de Apartadó y Apartadó en el terminal de transporte en el sitio conocido como Tierra Amarilla, tanto para que los transportes públicos de personas no sean objeto de nuevos actos de violencia, tales como los descritos en al presente Resolución (supra Vistos 6 y 13), así como para asegurar que los miembros de la Comunidad de Paz reciban y puedan transportar de manera efectiva y permanente productos, provisiones y alimentos.
6. Requerir al Estado que continúe dando participación a los beneficiarios de las medidas provisionales o sus representantes en la planificación e implementación de dichas medidas y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
7. Requerir al Estado que, de común acuerdo con los beneficiarios o sus representantes, establezca un mecanismo de supervisión continua y de seguridad permanente en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de conformidad con los términos de la presente Resolución.

8. Requerir al Estado que continúe presentando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses a partir de la notificación de la presente Resolución, informes sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de ésta.
9. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que continúe presentando sus observaciones a los informes del Estado dentro de un plazo de seis semanas a partir de su recepción.
10. Notificar la presente Resolución al Estado y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (fls. 28 y 29).

Junto con esta Resolución está el Voto Concurrente del juez Antonio A. Cançado Trindade, que contiene reflexiones personales sobre el alcance de lo decidido por la Corte Interamericana, por considerar el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó de gran trascendencia desde la óptica jurídica.

3.2 Reiteración de jurisprudencia: sentencia T-558 de 2003

Por haber sido objeto de medidas cautelares la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, por un organismo internacional de derechos humanos, resulta del todo pertinente aludir a la sentencia T-558 de 2003, magistrada ponente, doctora Clara Inés Vargas Hernández.

En efecto, la Corte Constitucional en esta sentencia abordó la procedencia de la acción de tutela para hacer efectivas las medidas cautelares decretadas por un órgano internacional de protección de los derechos humanos, en ese caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el asunto bajo estudio, el pronunciamiento corresponde a la propia Corte Interamericana, acogiendo una solicitud de la Comisión.

En la sentencia T-558 en mención, se estudió la naturaleza jurídica de los actos proferidos por las organizaciones internacionales y, en particular, lo concerniente a las medidas cautelares allí decretadas; la forma como se incorporan las medidas cautelares al ordenamiento jurídico colombiano; las autoridades públicas internas que

están llamadas a participar en la ejecución de las medidas; y, si procede la acción de tutela para garantizar la eficacia de las medidas cautelares.

3.2.1 Sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, la sentencia realizó un profundo análisis histórico sobre las fuentes del derecho internacional público y la evolución del mismo, que sirvieron como modelos del sistema interamericano de protección. De acuerdo con el análisis, llegó a la conclusión de que se trata de un acto jurídico, mediante el cual se conmina al Estado demandado para que adopte todas las medidas judiciales o administrativas necesarias, con el fin de que cese la amenaza que pesa sobre un derecho humano. Explicó la sentencia:

> Por lo demás, la naturaleza jurídica de las medidas cautelares sigue siendo la misma, es decir, se trata de un acto jurídico adoptado por un organismo internacional de protección de los derechos fundamentales mediante el cual se conmina al Estado demandado para que adopte, en el menor tiempo posible, todas las medidas necesarias, de orden administrativo o judicial, a fin de que cese una amenaza que se cierne sobre un derecho humano determinado. La práctica de la CIDH en la materia muestra además que tales medidas, decretadas por un órgano de naturaleza cuasijurisdiccional, pueden ser adoptadas en el curso de un proceso que se adelante contra un Estado Parte o incluso sin que haya sido presentada aún la demanda, es decir, como una especie de medida cautelar previa.

3.2.2 Respecto de la incorporación y efecto de las medidas cautelares decretadas por un organismo internacional, señaló la providencia en mención, que dado que el Estado colombiano es parte en el Pacto de San José de Costa Rica, la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades y su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que las autoridades públicas deben cumplir. Señaló también:

> Aunado a lo anterior, es necesario tomar en consideración que las medidas cautelares aluden no a situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos en un Estado sino a casos concretos, particularizados, con beneficiarios determinados, que apuntan a salvaguardar los derechos a la vida e integridad personal de éstos, razón por la cual, no es de recibo el argumento de que el Estado destinatario de las medidas cautelares goce de absoluta liberalidad para cumplir o no lo decidido por la CIDH, tanto menos y en cuanto el otorgamiento de aquéllas no constituye prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.

3.2.3 En cuanto a cuáles autoridades públicas colombianas son las llamadas a ejecutar las medidas cautelares, la sentencia tantas veces mencionada adelantó un minucioso estudio normativo de las distintas autoridades públicas que tienen alguna competencia o relación con el tema y en especial para que se produzca la protección. Desde esta perspectiva, la sentencia señaló:

> En suma, en Colombia la correcta ejecución de las medidas cautelares que han sido decretadas por la CIDH depende de la eficacia que presente, de conformidad con la naturaleza que ofrezcan, la labor desarrollada por determinadas autoridades públicas, de los órdenes nacional, departamental o municipal, bien sean de coordinación del sistema, como es el caso del Ministerio de Relaciones Exteriores o de ejecución de las mismas en los ámbitos administrativo, judicial o disciplinario.

3.2.4. Finalmente, en lo que concierne a la procedencia de la acción de tutela para conminar a las autoridades públicas para que cumplan lo dispuesto en unas medidas cautelares, la Corte en esa oportunidad consideró que la acción de tutela puede ser el mecanismo adecuado para impartir las órdenes correspondientes contra las autoridades que en un determinado asunto hubieren incumplido con sus deberes constitucionales.

3.3 La acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la vida frente [a] la exigencia de pruebas y el papel del juez de tutela en estos casos

El criterio consolidado de la Corte en esta materia, consiste en que precisamente por tratarse de una acción de protección de derechos fundamentales, la ritualidad de las pruebas tal como se exige en los procesos ordinarios, es objeto de apreciación del juez constitucional, pues, precisamente, se trata de que en un breve lapso de tiempo adopte las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales "cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública" (art. 86 de la Constitución).

Resulta pertinente recordar sobre esta nueva perspectiva constitucional para abordar las acciones de tutela por parte de los jueces, pues de lo contrario, la acción se reducirá a un mecanismo adicional e insuficiente de protección. Señaló la sentencia T-525 de 1992:

> 2. La constitucionalización concreta del ordenamiento nacional.
>
> Una despreocupación semejante por las responsabilidades de los funcionarios del Estado y la protección de los derechos fundamentales, tiene su origen en la ausencia de una nueva perspectiva constitucional en la argumentación de los procesos de tutela que los jueces y tribunales realizan. Mientras el tema de los derechos fundamentales no sea interpretado bajo una perspectiva constitucional, la acción de tutela se reducirá a un mecanismo adicional e insuficiente de protección y dejará de cumplir por lo menos uno de sus propósitos esenciales: el de constitucionalizar todo el ordenamiento jurídico colombiano y, de esta manera, hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las personas.
>
> Es necesario que los jueces y tribunales tomen conciencia de que cuando se plantea la violación de un derecho fundamental por medio de un acción de tutela, el parámetro esencial e inmediato de interpretación es

el texto constitucional y no la legislación ordinaria vigente. En la adopción de este nuevo punto de vista, aparentemente simple y evidente, se encuentra la clave axiológica que determinó la adopción de la tutela como uno de puntos esenciales de la Constitución de 1991. La tutela de los derechos fundamentales, además de introducir una importante variación formal en la protección de los derechos fundamentales en la medida en que redujo radicalmente los plazos para la decisión judicial, impone una modificación sustancial y sin precedentes, al exigir de los jueces una interpretación de los derechos fundada en el texto constitucional y no simplemente en la confrontación con las normas del área jurídica dentro de la cual se plantea la violación.

Si se analiza bajo la óptica constitucional el tema de las amenazas como resultado de información falsa, el concepto de la violación del derecho fundamental a la vida adquiere un sentido diferente, no percibido por los jueces de tutela que resolvieron el caso. En efecto: mientras en derecho penal una amenaza contra la vida sólo se configura con la iniciación de la etapa ejecutiva del delito, en materia constitucional, la protección del derecho a la vida incluye en su núcleo conceptual la protección contra todo acto que amenace dicho derecho, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal de que ella sea cierta.

Una amenaza contra la vida puede tener niveles de gravedad diversos. Pueden ir desde la realización de actos que determinen un peligro adicional mínimo para alguien, hasta la realización de actos de los cuales se derive la inminencia de un atentado. Con independencia de la responsabilidad penal que se deduzca de cada una de estas situaciones, la constitución protege a las personas contra todos aquellos actos que pongan en peligro de manera objetiva la vida de las personas. El hecho de que el peligro sea menor no permite concluir una falta de protección. El Estatuto Fundamental protege el derecho a la vida y dicha protección tiene lugar cuando quiera que se afecte el goce del derecho, no importa el grado de afectación.

Así sucede con la protección de todos los derechos fundamentales: una vez determinado el carácter fundamental del derecho y una vez establecida la violación, con independencia de su gravedad, aparece el derecho a la protección. Por ejemplo, la violación del derecho a la participación popular no depende del tamaño de la circunscripción electoral o de la importancia del asunto; tampoco el derecho a la libertad de expresión deja de ser violado cuando se trata censura parcial de las ideas o cuando la censura afecta ideas consideradas como banales o sin importancia.

Así como el ejercicio de los derechos admite grados, su vulneración no siempre tiene lugar de manera plena y absoluta. El goce efectivo de los derechos conlleva limitaciones que provienen de la contradicción o de la neutralización entre varios derechos. El principio según el cual los derechos propios llegan hasta donde comienzan los derechos ajenos, refleja bien esta imposibilidad de goce absoluto. Pues bien, esta realidad que muestra un ejercicio limitado de los derechos se compadece con el hecho de que no se requiera una violación absoluta del derecho para que tenga lugar la protección del mismo.

En síntesis, el análisis del Tribunal Superior de Bogotá no encuentra violación del derecho a la vida debido a que el criterio de violación que utiliza proviene exclusivamente de la racionalidad interna del derecho penal. Una perspectiva constitucional, en cambio, muestra bien cómo se vulnera el derecho fundamental a la vida por la realización de actos que ponen en peligro objetivo tal derecho, así el peligro no sea inminente. Estas consideraciones tienen respaldo en la idea de que el derecho penal reduce su ámbito de aplicación a una limitada cantidad de conductas típicas y antijurídicas a las cuales el Estado considera que se justifica la imposición de una sanción penal. Para el resto de violaciones el derecho ha consagrado soluciones alternativas, entre las cuales se encuentra precisamente la tutela para casos de violación de derechos fundamentales (sentencia T-525 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón).

Estos conceptos han sido reiterados en otros pronunciamientos, tales como las sentencias T-590 de 1998, T-27 de 1993, T-099 de 1998. En la sentencia T-269 de 1996, la Corte señaló que la protección al derecho a la vida implica que las autoridades no contribuirán a agravar las condiciones de vulneración o de amenaza a los derechos fundamentales.

Pero es más claro el asunto de la exigencia de protección del derecho a la vida a través de la acción de tutela, cuando se ha puesto esta circunstancia en conocimiento de las autoridades. En la sentencia T-719 de 2003 dijo la Corte lo siguiente: "quienes se encuentran seriamente amenazados en su vida y han puesto tal situación en conocimiento de las autoridades, son titulares del derecho a recibir protección, hasta el punto de que la obligación del Estado de preservar su vida, que normalmente es una obligación de medios frente a la generalidad de la población, *se convierte en una obligación de resultados, al menos para efectos de la responsabilidad administrativa*" (sentencia T-719 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) (énfasis agregado).

En la sentencia T-815 de 2002, la Corte examinó el asunto de la obligación del Estado de brindar protección cuando se trata de amenazas al derecho a la vida, obligación que ni siquiera desaparece porque el riesgo sea calificado de menor. Dijo esta providencia:

> En lo relativo a las amenazas al derecho a la vida, la Corte ha precisado que la gravedad de las mismas no incide en la determinación o no de la vulneración de este derecho fundamental. Al respecto, sostiene que una amenaza contra la vida puede tener niveles de gravedad diversos. Pueden ir desde la realización de actos que determinen un peligro adicional mínimo para alguien, hasta la realización de actos de los cuales se derive la inminencia de un atentado. Con independencia de la responsabilidad penal que se deduzca de cada una de estas situaciones, la constitución protege a las personas contra todos aquellos actos que pongan en peligro de manera objetiva la vida de las personas. El hecho de que el peligro sea menor no permite concluir una falta de protección. El Estatuto Fundamental protege el derecho a la vida y dicha protección tiene lugar cuando quiera que se afecte el goce del derecho, no importa el grado de afectación. […].

> En consecuencia, bastará solamente probar la existencia de una vulneración o amenaza del derecho a la vida cierta y objetiva, para obtener la correspondiente protección constitucional.
>
> Este derecho fundamental adquiere dentro del Estado social de derecho una dimensión objetiva, como bien lo ha expresado esta Corte. La fuerza vinculante de este derecho, como la de los demás derechos fundamentales, se hace extensiva a las relaciones privadas, aunque es el Estado el principal responsable de su protección, garantías, respeto y desarrollo.
>
> De esta manera no solamente el Estado es responsable de proteger la vida a los asociados, sino que el derecho a la vida, como todos los derechos fundamentales, es también responsabilidad constitucional de los particulares (sentencia T-815 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

En la sentencia T-915 de 2003, la Corte analizó el derecho de todos los ciudadanos de exigir a las autoridades de la República la protección del derecho a la vida y el deber de las autoridades de suministrar oportunamente la protección, de acuerdo con las competencias y las circunstancias que el caso amerite. Dijo la providencia:

> En efecto, no se requieren profundas disquisiciones sobre este punto, pues basta señalar que se está ante uno de los principios fundamentales del Estado de derecho y una de las razones de ser de las autoridades de la República: brindar la protección que requieran las personas en forma completa y oportuna. El inciso segundo del artículo 2 de la Constitución dice "Las autoridades de la República están destinadas a proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Es decir, se trata de un principio fundamental de doble vía en el que, por una parte, existe el *derecho de las personas* de exigir de las autoridades la protección de sus derechos, en este caso el fundamental de la vida; y, de la otra, existe el *deber de las autoridades* de brindar la protección re-

querida, en forma suficiente y oportuna, así no correspondan exactamente a las medidas que el ciudadano desee que se le confieran. Cómo y por quién se debe brindar la protección, es un asunto que tanto la Constitución como las leyes que la desarrollan, diseñan a través de los distintos organismos con que cuenta el Estado. Existen en el país autoridades competentes encargadas de la protección de quienes están amenazados por grupos al margen de la ley: la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior y de Justicia, entre otros.

De otro lado, no desconoce la Corte que por las condiciones que atraviesa el país no es posible ponerle a cada persona amenazada un agente que lo proteja. Pero, ello no es óbice para que las autoridades competentes examinen el caso concreto, evalúen el riesgo y adopten las medidas de seguridad, que cada caso requiera.

[…] En conclusión: existe el derecho fundamental del ciudadano de exigir protección para su vida e integridad personal de las autoridades sin importar de dónde provengan las amenazas: grupos armados de la guerrilla, de los paramilitares, de los narcotraficantes, etc. (sentencia T-915 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra).

Finalmente, es preciso recordar el criterio expresado por la Corte en relación con los términos vulneración y amenaza desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela. En la sentencia T-952 de 2003, se dijo:

4. *Acción de Tutela* - Amenaza a derechos fundamentales.

El artículo 86 de la Constitución Política expresamente señala que "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública..."

En armonía con lo preceptuado en el ordenamiento Superior, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 establece que: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto."

Consecuente con lo expresado, debe señalarse, que la tutela procede para la protección de los derechos fundamentales que se encuentren no sólo vulnerados sino también amenazados.

Ahora bien, los términos "vulneración" y "amenaza" no se pueden equiparar entre sí, pues en tanto la vulneración lleva implícito el concepto de daño o perjuicio, la amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima.

De esta manera resulta entonces que se "vulnera" un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado y se "amenaza" un derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua.

Para que se configure la hipótesis jurídica de una amenaza a los derechos fundamentales se requiere la confluencia de elementos subjetivos – convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro –como objetivos– condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro (sentencia T-952 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis).

3.4 En conclusión: el presente caso debe estudiarse desde la perspectiva de los criterios expuestos por la Corte Constitucional, a lo largo de todas las sentencias que sobre la protección al derecho a la vida y a la seguridad personal ha proferido, siendo las sentencias acabadas de mencionar sólo algunas de ellas, pero que se avienen

para la decisión que se adoptará. Aunado al compromiso adquirido por el Estado colombiano cuando no adopta lo más pronto posible las medidas cautelares impuestas por un organismo internacional de derechos humanos, con el cual el país ha suscrito el correspondiente tratado. Asuntos ampliamente examinados por la Corte en otros pronunciamientos relativos al bloque de constitucionalidad, que deben ser objeto también de reiteración.

Corte Constitucional
Sentencia T-979 de 2004
Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño
8 de octubre de 2004

I. Antecedentes

1. Hechos

El 31 de enero de 1993 fueron desvinculados 155 trabajadores oficiales pertenecientes a la Secretaría de Obras Públicas del municipio de Neiva.

Según lo afirma el actor, para fundamentar el despido del grupo de trabajadores se arguyó que "La Administración Municipal disolvió y ordenó la liquidación de la Secretaría de Obras Públicas Municipales", pero sin tener en cuenta que su empleador era el municipio de Neiva y que la Secretaría era apenas una de sus varias dependencias administrativas.

Estima el peticionario que al no estar prevista la supresión del empleo dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo contempladas en la ley laboral colombiana aplicable a los trabajadores oficiales, Decreto 2127 de 1945, tal desvinculación fue ilegal porque esa causal de retiro se aplica sólo a los empleados públicos.

Considera igualmente que el municipio de Neiva incurrió en despido colectivo, que es una garantía consagrada a favor de los traba-

jadores oficiales, además de pretermitir el trámite pactado en la cláusula 3ª de la 24ª Convención Colectiva de Trabajo, en la que se acordó que:

> La Administración Municipal de Neiva, en todos sus órdenes, se compromete y así lo cumplirá, a garantizar la estabilidad laboral de todos los trabajadores sindicalizados a su servicio de las distintas dependencias a nivel municipal, quienes estarán vinculados por contratos de trabajo a término indefinido y su terminación se regirá por las normas convencionales suscritas entre el municipio de Neiva y el Sindicato de Trabajadores del mismo. Cuando un trabajador al servicio del municipio de Neiva sea destituido o se le dé por terminado el contrato de trabajo pretermitiendo las normas convencionales y en forma injusta, se le compruebe ante jurisdicción las normas convencionales o ante las autoridades del hecho, el municipio lo reintegrará al cargo que venía desempeñando y reconocerá y pagará los emolumentos y prestaciones que haya dejado de percibir el trabajador por tal razón.[1]

Manifiesta el peticionario que el municipio de Neiva les desconoció el derecho a la sustitución patronal, toda vez que la Secretaría de Obras Públicas fue sustituida por el Instituto de Obras Civiles Municipales. Afirma que "Lo único que no pasó de la Secretaría de Obras Públicas al Instituto de Obras Civiles, fueron los trabajadores, ya que el 31 de enero de 1993, el Municipio de Neiva los despidió".

Informa que todos los trabajadores despedidos procedieron a demandar al municipio para que, con fundamento en la cláusula tercera de la Convención Colectiva de Trabajo, se le condenara a reintegrarlos a los mismos cargos que ocupaban al momento del despido y a pagarles los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Relaciona en su escrito a 18 trabajadores que fueron pensionados a partir de la fecha de retiro.

---

[1] Folio 10, cuaderno 1 del expediente.

Los diferentes procesos laborales fueron decididos por la Corte Suprema de Justicia en sentido adverso a las pretensiones de los trabajadores.

Agotado el proceso judicial interno en Colombia, el 6 de marzo de 1998 la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) interpuso queja contra el Estado colombiano ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En ella solicitaba que se condenara al Estado "por la violación al derecho de asociación sindical, contratación colectiva, desconocimiento de las garantías del fuero sindical y se ordenara al gobierno nacional a reparar los daños y perjuicios ocasionados a los trabajadores despedidos del Municipio de Neiva".

La queja fue recibida por la OIT y radicada bajo el No. 1962. En el informe 319 de noviembre de 1999 el Comité de Libertad Sindical formula las siguientes recomendaciones al Consejo de Administración:

> […] 156. En vista de las conclusiones provisionales que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes:
>
> a) en lo que respecta a la reestructuración que dio lugar al despido de 155 trabajadores oficiales en el municipio de Neiva, el Comité pide al Gobierno que vele por la aplicación de la circular núm. 02 del Presidente de la República para que efectivamente se realicen consultas con las organizaciones sindicales sobre las consecuencias de la reestructuración y las condiciones de trabajo.
> b) en lo que respecta al alegado incumplimiento de la convención colectiva en el municipio de Neiva, el Comité pide al gobierno que tome las medidas necesarias para que se haga efectivo el reintegro de los 155 trabajadores despedidos en la administración pública en cuestión y sin pérdida de salarios. Si esto no fuera posible en la práctica, dado el largo lapso de tiempo transcurrido desde el despido, el Comité pide al Gobierno que emprenda iniciativas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa.

Con fundamento en la anterior recomendación y teniendo como precedente la sentencia C-568/98, en enero de 2000 el Sindicato de Trabajadores Oficiales del municipio de Neiva instauró acción de tutela contra la Nación –Ministerio de Relaciones Exteriores, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el Municipio de Neiva–, la cual fue declarada improcedente por el Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, en fallo del 25 de febrero de 2000 y confirmada por el Consejo Superior de la Judicatura en sentencia del 6 de abril de 2000.

La tutela no fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional a pesar de las insistencias presentadas por el Dr. Carlos Gaviria Díaz, magistrado de esta Corporación, y por el Defensor del Pueblo.

Ante las determinaciones de los jueces de tutela, el Sindicato acudió nuevamente ante el Comité de Libertad Sindical, organismo que en los años 2000, 2001 y 2002 insistió en la recomendación de noviembre de 1999.

A pesar de diferentes reuniones con el Ministerio de la Protección Social y el Municipio de Neiva y de haber entregado una propuesta de conciliación, ha pasado el tiempo y sus derechos fundamentales no han sido reestablecidos.

Por lo referido, interpone la acción de tutela para solicitar el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, libertad sindical y asociación de los trabajadores que laboraban para el municipio de Neiva y que, como consecuencia de la protección, se ordene a sus autoridades que, dentro de los tres meses siguientes, proceda a reintegrar a los trabajadores despedidos por los hechos que originaron esta acción y a reconocerles los salarios y prestaciones que dejaron de percibir, entendiéndose que para todos los efectos no ha habido solución de continuidad en su relación laboral con esa entidad.

Solicita que, en caso de resultar imposible el reintegro de algunos trabajadores, se determine, previa la calificación de esa imposibilidad por el juez de tutela, la indemnización completa que el municipio de Neiva deberá pagar a quienes no asuman de nuevo sus puestos por esa causa.

Fundamenta la acción de tutela en las recomendaciones del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, aprobadas en los años 2000, 2001 y 2002, reiterativas de la de noviembre de 1999 y en la doctrina probable constitucional expuesta en las sentencias T-568/99, T-1211/00 y T-603/03 de la Corte Constitucional.

Arguye el peticionario que no se trata de una segunda tutela sino de una diferente con fundamento en hechos totalmente nuevos, "como son las recomendaciones emitidas por el Consejo de Administración de la OIT en el 2000, 2001 y 2002, todas posteriores a los fallos de tutela y que a pesar de múltiples reuniones de concertación efectuadas con el gobierno nacional y municipal, no ha sido posible el cumplimiento de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, OIT" (folio 21 cuaderno 1 del expediente).

2. Decisiones judiciales objeto de revisión

2.1. El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca resolvió declarar improcedente la tutela, de conformidad con los siguientes motivos:

– Aunque los accionantes han utilizado en varias ocasiones este mecanismo constitucional, no por ello es catalogable de temerario, teniendo en cuenta que son ellos mismos los que han puesto en evidencia sus actuaciones ante la jurisdicción y han considerado que la nueva acción tiene fundamento en otras recomendaciones de la OIT y en sentencias posteriores de la Corte Constitucional que son por ellos consideradas como doctrina probable y, como consecuencia, obligatoria para el Estado colombiano.

– La supresión de los cargos que ocupaban los 155 trabajadores del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva y la posible separación de la Secretaría de Obras Públicas del mismo municipio fue objeto de controversia al interior de la jurisdicción

ordinaria, habiéndose fallado adversamente las pretensiones de los actores en las sentencias proferidas en 1997 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo reconoce el accionante en su demanda.

– Con fundamento en las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT de noviembre de 1999 y la sentencia T-568/99 de la Corte Constitucional, el Sindicato ahora accionante presentó a través de apoderado judicial acción de tutela contra la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el municipio de Neiva para la protección de los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, libertad sindical, al libre acceso de la administración de justicia, pidiendo el reintegro y la consecuente indemnización de los trabajadores. La anterior pretensión fue despachada desfavorablemente por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del Huila en decisión del 25 de febrero de 2000 y confirmada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en decisión del 4 de abril de 2000, al considerar que la recomendación de la OIT para el caso específico no tenía efectos normativos y por lo tanto ningún poder vinculante tendría para el Estado colombiano, tal como lo reconociera la misma Corte Constitucional en la sentencia T-568/99.

– El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo expidió la primera recomendación dirigida al gobierno colombiano para el reintegro e indemnización de todos los trabajadores despedidos en violación de la convención colectiva de trabajo en noviembre de 1999, y con posterioridad a ella ha expedido recomendaciones en igual sentido en junio de 2000, marzo de 2001 y marzo de 2002.

– Los fallos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se encuentran formal y materialmente ejecutoriados, sin que las recomendaciones realizadas con posterioridad a dichos pronunciamientos por la OIT puedan resultar obligatorias para las autoridades administrativas, respecto de un aspecto jurídico aplicado a hechos anteriores, pues dichas decisiones se rigieron por la normatividad vigente aplicable al caso de la época, como lo demostraron los jueces constitucionales que ya se pronunciaron.

– Desconocer el principio de la cosa juzgada atentaría contra la seguridad jurídica del país y tampoco resultaría jurídicamente viable aplicar una nueva doctrina en materia de las recomendaciones de la OIT a casos fallados desde tiempo atrás.

2.2. El Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria– confirmó la sentencia impugnada. Fundamentó su decisión en estas consideraciones:

– En la presente acción de tutela, si bien su objeto está relacionado íntimamente con una anterior demanda de tutela conocida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Huila y, en segunda instancia, por el Consejo Superior de la Judicatura, en esta oportunidad se invocan hechos nuevos como lo son las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT de 2000, 2001 y 2002, así como las sentencias T-1211/00 y T-603/03 de la Corte Constitucional, donde se tutelaron derechos fundamentales por no haberse acatado recomendaciones similares a las que ahora ocupan a la Sala. En consecuencia, como hay una nueva situación fáctica y jurídica que analizar, no se está ante la misma tutela y, por lo tanto, no hay temeridad en el ejercicio de la presente acción.

– Se trata de una recomendación de un órgano de control que no es definitiva. Las recomendaciones sobre la queja de los extrabajadores del municipio de Neiva están contenidas en el Informe del Comité de Libertad Sindical presentado ante el Consejo de Administración de la OIT y se trata de un informe provisional, con conclusiones provisionales. Además, la recomendación de noviembre de 1999, presentada en el Informe Provisional, con conclusiones provisionales, se reitera en similares términos en los años 2000, 2001 y 2002. Entonces, se está ante una misma recomendación que ha sido reiterada en casi idénticos términos.

Siendo así las cosas y no obrando informe definitivo, conclusiones definitivas ni recomendaciones finales, se está ante la inexistencia de una decisión definitiva de quien está facultado para ello; por

ende, al no haberse agotado el procedimiento ante el mencionado organismo internacional, es improcedente la acción de tutela.

– En cuanto al acatamiento de los precedentes de sentencias de tutela (T-568/99, T-1211/00 y T-603/03), al no haberse proferido una sentencia unificatoria, además de presentarse un salvamento de voto en la sentencia T-603/03, no opera el carácter vinculante de la jurisprudencia que invoca el accionante. En el presente caso corresponde realizar el estudio desde una perspectiva distinta a la planteada por la Corte Constitucional en dichas sentencias de tutela, donde los casos se resolvieron al encontrar que las recomendaciones son vinculantes y obligatorias para el gobierno colombiano, que al ser incumplidas tenían que hacerse efectivas por medio de la tutela.

– Si la decisión del organismo internacional no es acatada por Colombia, existen otras instancias a las cuales se podrá acudir, como son la Conferencia Internacional y la Corte Internacional de Justicia. Entonces, a nivel internacional aún existen otras instancias judiciales a las cuales podrá acudirse, de lo cual deviene igualmente la improcedencia de la tutela, tal como lo dispone el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Si agotadas esas instancias el gobierno no acatare la decisión judicial internacional, entonces podrá ser la tutela el mecanismo idóneo para obtener el amparo constitucional a los derechos y por esa vía obtener la cesación del peligro, o el restablecimiento del derecho y las reparaciones del caso.

II. Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Problema jurídico

De conformidad con la información disponible en el expediente, corresponde a la Sala determinar si las entidades públicas accionadas vulneran los derechos al trabajo, asociación sindical y debido proceso del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva al no dar cumplimiento a las recomendaciones presentadas al Consejo de Administración de la OIT por el Comité de Libertad Sindical en los años 2000, 2001 y 2002.

2. Asuntos preliminares: la eventual temeridad al instaurar la acción de tutela de la referencia y aplicación de la doctrina probable invocada en relación con el efecto vinculante de las recomendaciones que emite el Comité de Libertad Sindical de la OIT

El accionante expresa en su escrito que la acción de tutela que ahora interpone en calidad de presidente del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva es diferente a la acción de tutela presentada por el mismo sindicato a través de apoderado judicial en el año 2000. De una parte, considera que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de 2000, 2001 y 2002 relacionadas con la queja No. 1962 son diferentes de la recomendación que el Comité presentó al Consejo de Administración de la OIT en el mismo asunto en noviembre de 1999. De otra parte, aduce que en esta materia se está ante la configuración de una doctrina probable en relación con el efecto vinculante de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, tal como se deduce de las determinaciones adoptadas por esta Corporación en las sentencias T-568/99, T-1211/00 y T-603/03. Afirma que estas dos circunstancias no existían al momento de decidir la tutela tramitada por el sindicato en el 2000, lo que le permite señalar que se trata de hechos nuevos que diferencian ésta de la anterior solicitud de amparo constitucional.

Dado que la procedencia de la acción de tutela de la referencia está condicionada al previo reconocimiento de las dos circunstancias específicas mencionadas por el accionante, la Sala establecerá, en primer lugar, si, en efecto, las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de los años 2000, 2001 y 2002 son hechos nuevos o si son reiteraciones de la recomendación presentada al Consejo de Administración en noviembre de 1999. En caso de estar ante hechos nuevos, se establecerá, en segundo lugar, si en las sentencias invocadas por el peticionario se dispone de una doctrina probable para resolver el problema jurídico propuesto en este proceso de revisión. En caso contrario, se establecerá si la presente acción de tutela representa una actuación temeraria ante el juez constitucional.

3. ¿Constituyen las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de 2000, 2001 y 2002 en el caso 1962 de la OIT hechos nuevos en relación con la recomendación presentada en el mismo asunto por el Comité al Consejo de Administración en noviembre de 1999? En caso negativo, ¿se incurrió en actuación temeraria ante la jurisdicción de tutela?

3.1. El despido de 155 trabajadores oficiales del municipio de Neiva en enero de 1993 fue puesto en conocimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por intermedio de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) en marzo de 1998, luego de quedar en firme diferentes pronunciamientos judiciales adversos a las pretensiones de los trabajadores y emitidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Estos hechos hicieron parte del asunto 1962 de la OIT.

En la reunión del Consejo de Administración celebrada en noviembre de 1999 el Comité de Libertad Sindical presentó a consideración del Consejo la siguiente recomendación:

> 156. a) En lo que respecta al alegado incumplimiento de la convención colectiva en el municipio de Neiva, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que se haga efectivo el reintegro de los 155 trabajadores despedidos en la administración pública en cuestión y sin pérdida de salarios. Si esto no fuere posible en la práctica, dado el largo lapso de tiempo transcurrido desde el despido, el Comité pide al gobierno que emprenda iniciativas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa.[2]

Otras recomendaciones sobre el mismo asunto No. 1962 fueron sometidas con posterioridad al Consejo de Administración por el Comité de Libertad Sindical. Según el escrito de tutela tales recomendaciones fueron:

En junio de 2000:

---

[2] Hace parte de la transcripción del accionante. Folio 2 cuaderno 1 del expediente.

68. a) El Comité pide al Gobierno que tome las iniciativas a su alcance ante las autoridades competente del municipio de Neiva para que éstas indemnicen a todos los trabajadores despedidos en violación de la convención colectiva.[3]

En marzo de 2001:

316. a) el Comité reitera su recomendación anterior y solicita al gobierno que haga lo necesario para que las autoridades del municipio de Neiva indemnicen a todos los trabajadores despedidos en violación de la convención colectiva.[4]

En marzo de 2002:

411. a) En cuanto a los trabajadores despedidos en el Municipio de Neiva en violación de la convención colectiva el Comité reitera una vez más al gobierno su recomendación anterior, le pide que haga lo necesario para que las autoridades del municipio de Neiva indemnicen a todos los trabajadores despedidos en violación de la convención colectiva y que lo mantenga informado de las audiencias de concertación que se realicen a estos fines.[5]

En noviembre de 2002: 417. a) En lo que respecta a los trabajadores despedidos en el municipio de Neiva en violación de la convención colectiva, el Comité pide al gobierno que se asegure de que inmediato (sic) se indemnicen de manera completa a los trabajadores despedidos del Municipio de Neiva en violación de la convención colectiva.[6]

De las precedentes transcripciones se observa que hay una recomendación inicial presentada al Consejo de Administración de la

---

3 Ibídem, folio 1.
4 Idem.
5 Ibídem, folio 2.
6 Idem.

OIT por el Comité de Libertad Sindical en noviembre de 1999 y que se han presentado cuatro recomendaciones posteriores en el mismo asunto 1962, en lo atinente al despido de los 155 trabajadores oficiales del municipio de Neiva en enero de 1993. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿Para los fines de la acción de tutela, son las recomendaciones de 2000, 2001 y 2002 hechos nuevos frente a la recomendación de noviembre de 1999?

A efectos de responder este interrogante, la Sala expondrá algunas consideraciones generales en relación con la organización y actuación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y del Comité de Libertad Sindical, así como sobre el carácter vinculante de las recomendaciones que este último presenta a consideración del Consejo de Administración.

3.2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que tiene como propósito fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. Fue creada en 1919 y es el único resultado importante que aún perdura del Tratado de Versalles, el cual dio origen a la Sociedad de Naciones; en 1944, la inclusión de la Declaración de Filadelfia en su Constitución amplió el mandato de la organización para dar cabida a asuntos de carácter general relacionados con la política social y los derechos humanos y civiles; en 1946 se convirtió en el primer organismo especializado de las Naciones Unidas. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la OIT es la única organización que cuenta con una estructura tripartita, esto es, aquella que en sus órganos de administración confluye la participación, en un plano de igualdad, de trabajadores, empleadores y gobiernos.

Según lo dispone su Constitución,[7] la organización permanente de la OIT comprende: a) la Conferencia General de los representan-

---

[7] El texto original de la Constitución, aprobado en 1919, ha sido modificado por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de

tes de los Miembros; b) el Consejo de Administración y c) la Oficina Internacional del Trabajo, que está bajo la dirección del Consejo de Administración.

La Conferencia General se compone de cuatro representantes por cada uno de los Miembros, dos de los cuales son delegados del gobierno y los otros dos a los empleadores y a los trabajadores, respectivamente. Celebra reuniones cada vez que sea necesario y, por lo menos, una vez al año. Las reuniones de la Conferencia se celebran, por principio, en el lugar que decida el Consejo de Administración.[8]

El Consejo de Administración se compone de cincuenta y seis miembros: veintiocho representantes de los gobiernos, catorce representantes de los empleadores y catorce representantes de los trabajadores. El Consejo se renueva cada tres años, elige entre sus miembros a un presidente y a dos vicepresidentes, fija su propio reglamento y las fechas de sus reuniones.[9]

La Oficina Internacional del Trabajo tiene a su cargo la compilación y distribución de todas las informaciones concernientes a la reglamentación internacional de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, en particular, el estudio de las cuestiones que hayan de someterse a la Conferencia con miras a la adopción de convenios internacionales, así como la realización de encuestas especiales ordenadas por la Conferencia o por el Consejo de Administración.[10]

3.3. La Conferencia General profiere normas internacionales del trabajo, las cuales pueden adquirir la forma de *convenios* o de *reco-*

1948; por el Instrumento de enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963, y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1974.

8 Véanse artículos 3 y 5 de la Constitución de la OIT.

9 Véase artículo 7 de la Constitución de la OIT.

10 Véase artículo 10 de la Constitución de la OIT.

mendaciones.[11] En ellas se fijan condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales y en los demás asuntos relacionados con el trabajo.[12]

Los *convenios* son tratados internacionales que están sujetos a la ratificación de los Estados miembros de la organización. Las *recomendaciones*, aunque regularmente versan sobre las mismas materias de los convenios, no son instrumentos vinculantes y recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales. Ambos instrumentos normativos inciden en las condiciones y en las prácticas de trabajo de todos los países del mundo.

De conformidad con el Manual de Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo,

> los convenios son instrumentos que crean obligaciones jurídicas al ser ratificados. Las recomendaciones no se prestan a la ratificación, sino que señalan pautas para orientar la política, la legislación y la práctica de los Estados miembros. […] En ambos casos, para que la Conferencia adopte en votación final el convenio o la recomendación será nece-

---

11 Dispone el artículo 19, 1) de la Constitución de la OIT que "Cuando la Conferencia se pronuncie a favor de la adopción de proposiciones relativas a una cuestión del orden del día, tendrá que determinar si dichas proposiciones han de revestir la forma: a) de un convenio internacional, o b) de una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio". Además de los convenios y recomendaciones, la Conferencia Internacional del Trabajo y otros órganos de control de la OIT adoptan documentos que son menos formales que aquellos que pueden consistir en códigos de conducta, resoluciones y declaraciones que, aunque surten efectos normativos, no se considera que formen parte del sistema de normas internacionales del trabajo de la OIT.

12 La organización presta igualmente asistencia técnica en campos como la formación y rehabilitación profesionales; la política de empleo; la administración del trabajo; la legislación del trabajo y relaciones laborales; las condiciones de trabajo; el desarrollo gerencial; las cooperativas; la seguridad social; las estadísticas laborales, y en seguridad y salud en el trabajo. Además, fomenta el desarrollo de organizaciones independientes de empleadores y de trabajadores, y les facilita formación y asesoramiento técnico.

> saria una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes. […] En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o recomendación. […] En virtud del artículo 37, 1) de la Constitución, la Corte Internacional de Justicia es el único organismo competente para dar una interpretación autorizada de los convenios y recomendaciones".[13]

La OIT ha adoptado más de 180 convenios y de 185 recomendaciones en un amplio espectro temático. El Consejo de Administración decidió agruparlos en tres categorías, a saber: convenios fundamentales, convenios prioritarios y el resto de convenios y recomendaciones.

– Ocho convenios de la OIT han sido calificados por su Consejo de Administración como *convenios fundamentales* para los derechos de los trabajadores, de manera independiente del nivel de desarrollo de cada Estado miembro. Los convenios fundamentales deben ser ratificados y aplicados por todos los Estados miembros de la organización. Dichos convenios consagran instrumentos para mejorar las condiciones de trabajo individuales y colectivas en cuatro aspectos específicos: libertad sindical, abolición del trabajo forzoso, igualdad y eliminación del trabajo infantil.

Son convenios fundamentales de la OIT los siguientes: en *libertad sindical,* Convenio sobre la libertad sindical y la protección del dere-

---

[13] *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo* adoptado por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra Rev. 2/1998. En ese *Manual* se detallan los procedimientos que se aplican en la Organización Internacional del Trabajo en relación con la adopción y la aplicación de convenios y recomendaciones e incluye las modificaciones del sistema de control de normas internacionales del trabajo decididas por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo.

cho de sindicalización, 1949 (No. 87) y Convenio sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva, 1949 (No. 98); sobre *abolición del trabajo forzoso*, Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29) y Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (No. 105); sobre *igualdad*, Convenio sobre la discriminación –empleo y ocupación–, 1958 (No. 111) y Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100), y sobre *eliminación del trabajo infantil*, Convenio sobre edad mínima, 1973 (No. 138) y Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182).

– En 1994 el Consejo de Administración decidió clasificar los siguientes cuatro *convenios* como integrantes de las normas internacionales del trabajo *prioritarios*: Convenio sobre la consulta tripartita –normas internacionales del trabajo–, 1976 (No. 144), Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (No. 81), Convenio sobre la inspección del trabajo –agricultura–, 1969 (No. 129) y Convenio sobre la política de empleo, 1964 (No. 122).

– El Consejo de Administración clasificó por temas el resto de convenios y recomendaciones. Esos temas son: derechos humanos fundamentales; empleo; política social; administración del trabajo; relaciones laborales; condiciones de trabajo; seguridad social; empleo de las mujeres; empleo de niños y jóvenes; trabajadores migrantes; pueblos indígenas y tribales; trabajadores indígenas en territorios no metropolitanos, y otras categorías como gente de mar, trabajadores mayores, pescadores, cargadores de muelles, trabajadores de las plantaciones, arrendatarios y aparceros, personal de enfermería y personal de hoteles y restaurantes.

Los gobiernos deben rendir informes cada dos años respecto de los convenios fundamentales y de los convenios prioritarios y cada cinco años respecto de la mayor parte del resto de convenios ratificados.

De lo señalado hasta aquí, se tiene que las *recomendaciones* son uno de los tipos de decisiones que adopta la Conferencia General, que no son instrumentos vinculantes para los Estados miembros y que recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales.

Además de las anteriores, la Constitución de la OIT prevé las *recomendaciones* formuladas por las Comisiones de Encuesta en los casos en que se formulen quejas contra cualquier miembro por la falta de adopción de medidas para el cumplimiento de un convenio. Esta segunda modalidad de recomendación hace parte de los sistemas de control de la OIT.

3.4. La OIT dispone de dos sistemas de control: *regulares y especiales*. Los sistemas de control regulares se basan en la ratificación de las normas internacionales del trabajo, en la obligación de informar periódica y regularmente sobre las medidas tomadas para hacer efectivas las disposiciones de dichos instrumentos normativos y en la presentación de reclamaciones y de quejas respecto a la aplicación de un convenio.

En relación con reclamaciones referentes a la aplicación de un convenio, el artículo 24 de la Constitución de la OIT establece que:

> Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.

La Constitución consagra la posibilidad de hacer pública la reclamación que se formule por la aplicación de un convenio. Sobre el particular, en el artículo 25 señala que "Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, éste podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida".

Así mismo, la Constitución de la OIT prevé la presentación de quejas respecto a la aplicación de un convenio. Con fundamento en el artículo 26:

> 1. Cualquier miembro podrá presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro miembro que, a su parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado en virtud de los artículos precedentes. 2. El Consejo de Administración podrá, si lo considerare conveniente y antes de referir el asunto a una *comisión de encuesta*, según el procedimiento que más adelante se indica, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, en la forma prevista en el artículo 24. 3. Si el Consejo de Administración no considerase necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si, hecha la comunicación, no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una *comisión de encuesta* encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto (énfasis agregado).

Así, pues, las quejas recibidas en aplicación del artículo 26 de la Constitución de la OIT podrán someterse a una Comisión de Encuesta, en cuyo caso cada miembro, le concierna o no directamente la queja, se obliga a poner a disposición de la Comisión toda la información que tuviere en su poder relacionada con el objeto de la queja. La Comisión de Encuesta, después de examinar detenidamente la queja, redactará un informe en el cual expondrá el resultado de sus averiguaciones sobre todos los hechos concretos que permitan precisar el alcance del litigio, así como las *recomendaciones* que considere apropiado formular con respecto a las medidas que debieran adoptarse para dar satisfacción al gobierno reclamante, y a los plazos dentro de los cuales dichas medidas debieran adoptarse.[14]

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará el informe de la Comisión de Encuesta al Consejo de Administración y a los gobiernos a los cuales concierna la queja, y procederá a su publicación. Cada uno de los gobiernos interesados

---

[14] Véanse artículos 27, 28, 29 y de la Constitución de la OIT. En el párrafo 78 del *Manual de Procedimientos en materia de convenios y recomendaciones* se reconoce que "No existe un reglamento en relación con el procedimiento de las comisiones

deberá comunicar al director general de la Organización Internacional del Trabajo, dentro de un plazo de tres meses, si acepta o no las *recomendaciones* contenidas en el informe de la comisión y, en caso de que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia.[15]

La Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones o *recomendaciones* que pudiere haber formulado la comisión de encuesta. La decisión de la Corte será inapelable.[16]

En caso de que un miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las *recomendaciones* que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones.[17]

Ésta es, entonces, una segunda modalidad de *Recomendación* prevista en la OIT, que hace parte de los procedimientos de los sistemas regulares de control de la Organización. Por presentación de una Comisión de Encuesta en los casos de quejas interpuestas en aplicación del artículo 26 de la Constitución de la OIT –aplicación de un convenio de la OIT–, el Consejo de Administración o la Corte Internacional de Justicia, según el caso, podrán adoptar la correspondiente recomendación y exigir al Estado Miembro en cuestión que proceda al cumplimiento de lo ordenado.

Pero, existe una tercera modalidad de *Recomendación*, que surge con ocasión de los sistemas de control especiales en la OIT.

---

de encuesta: siempre que se ha remitido un asunto a una comisión de encuesta, el Consejo de Administración ha dejado que sea la propia comisión la que determine su procedimiento, en consonancia con la Constitución y sujetándose únicamente a la orientación general del Consejo de Administración. En los informes de las distintas comisiones se detalla el procedimiento aplicado para el examen de las quejas, la tramitación de las comunicaciones de las partes y de otras personas u organizaciones interesadas y la organización de las audiciones".

15 Véase artículo 29 de la Constitución de la OIT.

16 Véanse artículos 31 y 32 de la Constitución de la OIT.

17 Véanse artículo 33 de la Constitución de la OIT.

3.5. Como ya se indicó, además de los sistemas de control regulares, la OIT acude a *sistemas de control especiales*, los cuales se utilizan en los casos de reclamaciones concretas contra un Estado miembro.

Los procedimientos de control en materia de libertad sindical hacen parte de esta modalidad de controles especiales.

Al respecto, la OIT estableció un procedimiento especial para hacer cumplir los principios de libertad sindical, que cimentaron la fundación de la OIT, a tal punto que incluso se pueden presentar reclamaciones contra Estados miembros que no hayan ratificado los convenios en esa materia. Ese procedimiento comenzó a gestarse en 1949 con ocasión de los debates de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la adopción de los Convenios 87 y 98, cuando se advirtió que los procedimientos regulares no permitían examinar rápidamente las quejas por el incumplimiento de los convenios ratificados y menos aún se contaba con medios para controlar la aplicación de dichos convenios por parte de los Estados que no los hubieran ratificado.

En la actualidad existen en la OIT tres organismos facultados para conocer de las quejas por violación de la libertad sindical: a) el propio Consejo de Administración; b) la Comisión de Investigación y de Conciliación en materia de Libertad Sindical[18] y c) el Comité de Libertad Sindical. Para los fines de la revisión de las sentencias de tutela que adelanta la Sala, se aludirá únicamente al tercero de los órganos de control enunciados.

---

[18] La Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical fue instituida en enero de 1950 por el Consejo de Administración, que además señaló el objeto, el procedimiento a seguir y los criterios para su composición. Por decisión del Consejo Económico y Social, en febrero de 1950 la Comisión fue puesta a disposición de las Naciones Unidas como mecanismo para procurar por la eficaz salvaguarda de los derechos sindicales. De conformidad con el procedimiento establecido, el Consejo Económico y Social transmite al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo las quejas relativas a violación de los derechos sindicales que gobiernos u organizaciones sindicales obreras o patronales dirijan a las Naciones Unidas contra

La OIT dispone de un documento que contiene el Procedimiento para el Examen de Quejas por Violaciones al Ejercicio de la Libertad Sindical,[19] del cual se extractaron buena parte de los aspectos que se señalan a continuación.

3.6. *El Comité de Libertad Sindical* es un órgano creado en 1951 por el Consejo de Administración, que tiene el carácter tripartito propio de la OIT. Se reúne tres veces por año y desde su creación ha estudiado más de 2000 casos.

Está conformado por nueve miembros titulares y nueve miembros suplentes que provienen de manera equitativa de los grupos de gobierno, de empleadores y de trabajadores del Consejo de Administración. Los miembros suplentes reemplazan a los miembros titulares y tienen las mismas obligaciones que aquellos. Desde 1958 los miembros suplentes que lo soliciten pueden participar en las discusiones de los casos sometidos al Comité, cuando el presidente así lo autorice.

Estados miembros de la OIT. El Consejo de Administración de la OIT decidirá sobre su envío a la Comisión de Investigación y de Conciliación. Cuando se trate de quejas por violación de los derechos sindicales recibidas por las Naciones Unidas, pero formuladas contra Estados que no son miembros de la OIT, se transmitirán a la Comisión por intermedio del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo si el Secretario General de las Naciones Unidas ha recibido el consentimiento del gobierno interesado y el Consejo Económico y Social estima que las quejas merecen ser transmitidas.

[19] Según lo señala en Manual "La exposición hecha en este documento del procedimiento en vigor para el examen de quejas sobre violación de la libertad sindical se basa, por una parte, en las disposiciones adoptadas de común acuerdo por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en enero y febrero de 1950, y, por otra parte, en las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración en su 117a reunión (noviembre de 1951), en su 123a reunión (noviembre de 1953), en su 132a reunión (junio de 1956), en su 140a reunión (noviembre de 1958), en su 144a reunión (marzo de 1960), en su 175a reunión (mayo de 1969), en su 184a reunión (noviembre de 1971), en su 202a reunión (marzo de 1977) y en su 209a reunión (mayo-junio de 1979), en lo relativo al procedimiento interno de examen preliminar de las quejas y, por último, sobre ciertas decisiones adoptadas por el propio Comité de Libertad Sindical".

Las decisiones del Comité se adoptan por votación cuando no se logra unanimidad. Los suplentes no votan cuando lo hacen los miembros titulares del grupo.

Las quejas se examinan así el Estado no haya ratificado los convenios de la OIT en materia de libertad sindical, en cuanto se asume que el procedimiento se fundamenta en principios constitucionales, según los cuales todos los miembros tienen la obligación de reconocer el principio de libertad sindical.

Una vez se toma conocimiento de las quejas en materia de libertad sindical, el Comité procede a considerar su admisibilidad. Al respecto, el *Manual de Procedimientos* en referencia dispone en el párrafo 80 que las quejas deben presentarse por escrito, firmadas y respaldadas con una prueba de los alegatos referentes a infracciones concretas en materia de libertad sindical.

Las quejas deben proceder de organizaciones de empleadores, de trabajadores o de gobiernos. Por *organización* se entiende una organización nacional directamente interesada en el asunto; una organización internacional de empleadores o de trabajadores que tenga relaciones consultivas con la OIT o una organización internacional de empleadores o de trabajadores, cuando las quejas se refieran a asuntos que afecten directamente a organizaciones afiliadas a la misma. En su primera reunión en enero de 1952, el Comité formuló un principio según el cual goza de entera libertad para decidir si una organización puede o no ser considerada como organización profesional de empleadores o de trabajadores según la Constitución de la OIT y no se considera ligado por ninguna definición nacional al respecto.

Las quejas presentadas ante la OIT, ya sea directamente o por intermedio de las Naciones Unidas, deben emanar de organizaciones de trabajadores, de empleadores o de gobiernos, sin que sea condición que el país miembro de que se trate haya o no ratificado los convenios sobre libertad sindical. En el Manual de Procedimientos está previsto un trámite diferente según se trate de países que han ratificado uno o varios convenios sobre libertad sindical o de aquellos que no los han ratificado. En el primer caso –cuando se han ratificado los convenios–, el examen del curso dado a las recomen-

daciones del Consejo de Administración incumbe normalmente a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, cuya intervención se invoca expresamente en las conclusiones de los informes del Comité. Esta medida no impide que el Comité examine por su cuenta el tratamiento dado a ciertas recomendaciones, de acuerdo con la naturaleza o la urgencia de los respectivos asuntos. Colombia es uno de los países que han ratificado los convenios sobre libertad de sindicalización, derecho de sindicalización y negociación colectiva.

En el segundo caso –convenios no ratificados por el país–, si no se logra una respuesta o si la misma es insatisfactoria, puede seguirse tratando periódicamente el asunto y por invitación del Comité el director general solicita al gobierno informaciones sobre el curso dado a las recomendaciones aprobadas por el Consejo de Administración. Por su parte, el Comité efectúa, con alguna regularidad, una recapitulación de la situación.

Cuando las declaraciones contenidas en la queja y las observaciones presentadas por el gobierno sean contradictorias y ninguna aporte elementos de prueba, el Comité, al estar imposibilitado para formarse una opinión con conocimiento de causa, queda facultado para obtener del querellante informaciones complementarias escritas sobre los términos de la queja que exigieren una mayor precisión. Estos nuevos comentarios podrán igualmente ser contestados por el gobierno.

Con el fin de mantener al querellante regularmente informado de las principales etapas del procedimiento, se le indica después de cada reunión del Comité que la queja ha sido sometida al Comité y, si éste no llegó a una conclusión que aparezca en su informe; se le indica también, según el caso, que el examen fue aplazado por falta de observaciones del gobierno, o que el Comité pidió al gobierno ciertas informaciones.

Cuando la queja original o la información complementaria estén suficientemente fundadas, se transmiten al gobierno con la invitación para que comunique al director general sus observaciones, en el plazo que se determine según la fecha de la siguiente reunión del Comité.

El Comité clasifica los casos en aquellos considerados como urgentes y aquellos que lo son menos. Hacen parte del primero los que tratan sobre la vida o la libertad de las personas, los que afectan la libertad de acción de un movimiento sindical en su conjunto, los casos relativos a un estado permanente de emergencia, los que implican la disolución de una organización, así como aquellos en que ya se ha presentado un informe al Consejo de Administración. Anteriormente, los informes del Comité sobre casos urgentes eran sometidos inmediatamente al Consejo de Administración y los informes sobre los casos menos urgentes se remitían a la siguiente reunión del Consejo. Pero, a partir de 1977 todos los casos examinados se incluyen en el *informe del Comité que es sometido al Consejo de Administración*. Se adoptó este sistema dado que la mayor parte de los casos eran catalogados como urgentes y que el examen de los que quedaban pendientes no impedía que el Consejo de Administración examinara los casos urgentes presentados.

La Oficina puede pedir en todo momento al demandante que especifique las infracciones que son objeto de su queja, si ésta no es lo suficientemente precisa; así mismo, que comunicará al demandante que debe presentar información complementaria destinada a justificar su queja, en el plazo de un mes. Luego, la Oficina transmite los alegatos al gobierno para que conteste en el plazo dado. Con base en lo recaudado, el Comité decide si ha de formular una conclusión o pedir al gobierno información complementaria.

El *Comité de Libertad Sindical*, luego de analizar la queja presentada y las observaciones remitidas por los gobiernos interesados, *puede informar al Consejo de Administración* que un caso no requiere un examen más detallado cuando verifica, por ejemplo, que los hechos alegados no constituyen violación al ejercicio de los derechos sindicales, que por ser de carácter netamente político no ameritan dar curso al asunto o que al ser demasiado generales no permiten un examen de fondo del problema. Así mismo, puede suceder que el querellante no allegue las pruebas suficientes para justificar que el asunto sea transmitido a la Comisión de Investigación y conciliación.

El Comité puede recomendar que el Consejo de Administración comunique a los gobiernos interesados las conclusiones del Comité, llamándoles la atención sobre las anomalías comprobadas e invitándolos a tomar las medidas adecuadas para remediarlas. *En los casos en que el Comité sugiera al Consejo de Administración la formulación de recomendaciones a un gobierno,* agrega a sus conclusiones un apartado en el que invita al gobierno interesado a informar, después de cierto período razonable según las circunstancias del caso, el tratamiento dado a las recomendaciones que se le hubieren formulado.

En suma, el Comité de Libertad Sindical no ésta facultado para proferir, de manera directa, recomendaciones vinculantes para los Estados miembros. Sus conclusiones y recomendaciones serán sometidas para adopción por el Consejo de Administración. Al respecto, el párrafo 79 del Manual de Procedimientos señala expresamente que el Comité de Libertad Sindical "Examina las quejas de violación de la libertad sindical y somete sus conclusiones y recomendaciones al Consejo de Administración".[20]

Por su parte, será el *Consejo de Administración* el que señale las anomalías al gobierno en cuestión y le solicite que tome medidas para corregirlas. Cuando se trate de quejas formuladas contra Estados que han ratificado los convenios sobre libertad sindical, como Colombia, el Consejo de Administración puede encargar a la Comisión de Expertos el seguimiento del caso.[21]

---

[20] El procedimiento del Comité de Libertad Sindical se describe en varias decisiones del Consejo de Administración, adoptadas entre sus 117.a (noviembre de 1951) y 209.a (mayo-junio de 1979) reuniones, así como en folletos y otras publicaciones de la OIT.

[21] El *Manual* establece en el párrafo 81 que "Al adoptar sus conclusiones, el *Comité puede recomendar* al Consejo de Administración que las comunique al gobierno, destacando las anomalías e invitándole a que adopte medidas encaminadas a subsanarlas, y a que facilite información complementaria sobre las mismas. *También puede recomendar* que se remita el asunto a la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical". Y agrega que "Si el Estado ha ratificado los convenios sobre la libertad sindical pertinentes, *la Comisión de Expertos* en Aplicación de Convenios y Recomendaciones *se ocupa del asunto* con

4. Caso concreto

4.1. Según se describió en el acápite precedente, las *recomendaciones* del Comité de Libertad Sindical de la OIT no tienen carácter vinculante para los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Para que tales recomendaciones tengan efectos sobre los países Miembros se exige la adopción por el Consejo de Administración.

Por lo tanto, en el caso concreto, las recomendaciones presentadas al Consejo de Administración por el Comité de Libertad Sindical en 2000, 2001 y 2002 con ocasión del asunto No. 1962 y del cual hace parte la queja presentada por la Central Unitaria de Trabajadores relacionada en parte con el despido de los 155 trabajadores oficiales del municipio de Neiva en enero de 1993, no pasan de ser meras *recomendaciones provisionales*, que han sido sometidas en distintas ocasiones a consideración del Consejo de Administración pero que no han adquirido aún ningún efecto vinculante para el Estado colombiano.

No existe prueba que demuestre lo contrario. Por ejemplo, en aplicación de lo dispuesto en el *Manual de Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo*, en especial sobre el procedimiento para el examen de quejas por violaciones al ejercicio de la libertad sindical, el Consejo de Administración, con ocasión de la queja No. 1962 no ha tomado determinaciones definitivas, no ha señalado al Estado colombiano las anomalías ni le ha solicitado medidas para corregirlas.

En relación con el carácter no vinculante de las recomendaciones provisionales del Comité de Libertad Sindical, se hallan algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, en la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral del 8 de octubre

---

arreglo al dispositivo ordinario de control. En cualquier otro caso, el propio Comité examina el asunto de cuando en cuando, y puede pedir a la Oficina que solicite de los gobiernos que faciliten información complementaria sobre las medidas adoptadas" (énfasis agregado).

de 1999, M. P. Carlos Isaac Nader, radicación 11.731, expresó esa Corporación:

> Dejando de lado cualquier discusión sobre el valor del trabajo como uno de los derechos humanos universalmente reconocidos, la Corte considera, en primer término, que los jueces y tribunales de la República no pueden ser sustituidos por ningún órgano administrativo o de investigación de organización supranacional alguna, carente de capacidad para imponer obligaciones a uno de sus estados miembros, a la luz de las normas internacionales. Es el caso del Comité de Libertad Sindical, integrado por nueve personas designadas por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no por la Conferencia –su máxima autoridad–, y cuyas atribuciones tienen el carácter de una indagación preliminar, sumaria, informal y nunca judicial. Así, pues, las "invitaciones" y "recomendaciones" del prenombrado Comité no asumen la naturaleza de regla vinculante, ni se pueden equiparar, de ningún modo, a orden proveniente de tribunal supranacional de justicia alguno, ni mucho menos se asimilan a un Convenio, éste sí verdadera fuente formal de derecho internacional de ineludible acatamiento en virtud del principio *pacta sun servanda*.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el carácter no vinculante de las recomendaciones provisionales del Comité de Libertad Sindical. En la sentencia T-569/99, por ejemplo, se expresó:

> Como se enunció anteriormente, *el Comité de Libertad Sindical* es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical); luego, *formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración,*[22] *ya que éste es el órgano que puede emitir recomendacio-*

[22] Cfr. Supra 29.

nes de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización (énfasis agregado).

Así, entonces, si las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en relación con los 155 trabajadores del sindicato accionante no pasan de ser recomendaciones provisionales,[23] que aún no han adquirido fuerza vinculante para el Estado colombiano por cuanto no han sido adoptadas por el Consejo de Administración, mal podría el juez constitucional exigir a las entidades accionadas que las acaten o les den estricto cumplimiento. En ese sentido asiste la razón a los jueces de instancia al declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, por cuanto no se han agotado todas las etapas del procedimiento respectivo ante la Organización Internacional del Trabajo.

Prueba de la ausencia de decisión definitiva por parte de la OIT se halla en el Informe correspondiente al año 1999-2000 presentado por el Presidente del Consejo de Administración a la Conferencia Internacional del Trabajo en la octogésima octava reunión celebrada en Ginebra en 2000, en el cual expresó que:

> El Comité de Libertad Sindical siguió recibiendo muchas quejas en materia de relaciones de trabajo y de derechos humanos, y examinó más de 120 casos diferentes. […] 21. Algunos casos, en relación con Colombia y la queja presentada a la Conferencia en 1998 en virtud del artículo 26 de la Constitución, fueron objeto de un informe independiente en la reunión del Consejo de Administración de noviembre, y se tratan más adelante en la sección que se refiere a procedimientos constitucionales. […] 28. Procedimientos constitucionales. Quejas presentadas en virtud del artículo 26 de la Constitución. Colombia. En noviembre, sobre la base de un informe del Comité de Libertad Sindical, *el Consejo de Administración*

---

[23] Las recomendaciones hacen parte del Informe Provisional presentado al Consejo de Administración por el Comité de Control Sindical en el caso No. 1962. Ver 319° Informe del Comité de Libertad Sindical, folio 199 –respaldo– cuaderno 1 del expediente.

> *aplazó hasta junio de 2000 la adopción de una decisión sobre la constitución de una comisión de encuesta* al objeto de examinar la queja relativa a la observancia por Colombia del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), presentada por varios delegados a la 86.ª reunión (1998) de la Conferencia en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT. 29. Entretanto, en febrero de 2000 una misión de contactos directos visitó Colombia con el mandato de evaluar la situación de la libertad sindical en ese país, en particular por lo que se refiere a los casos que el Comité examina actualmente. La misión presentó un informe provisional al Comité en marzo de 2000 (énfasis agregado).

4.2. Ahora bien, de manera adicional a la razón de improcedencia de la acción de tutela por fundarse en *Recomendaciones provisionales* del Comité de Libertad Sindical de la OIT en el caso No. 1962 y no obstante la deducción acertada que contienen los fallos que se revisan en este sentido, debe la Sala establecer si en este caso se ha instaurado una acción de tutela por los mismos hechos sometidos a esta jurisdicción en el año 2000.

El 14 de febrero de 2000, el Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva, por intermedio de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra de la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el municipio de Neiva, por la presunta violación de los derechos al trabajo, debido proceso, libertad de asociación sindical y acceso a la administración de justicia,

> todo de conformidad con la recomendación del Consejo de Administración[24] de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en la sesión 276 del mes de noviembre de 1999, la cual dice:

---

[24] La Sala reitera que no existe recomendación del Consejo de Administración, como equivocadamente lo afirmó el apoderado del Sindicato en la tutela presentada en 2000.

156. En vista de las conclusiones provisionales que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes:

a) En lo que respecta a la reestructuración que dio lugar al despido de 155 trabajadores oficiales en el municipio de Neiva, el Comité pide al gobierno que vele por la aplicación de la circular núm. 02 del Presidente de la República para que efectivamente se realicen consultas con las organizaciones sindicales sobre las consecuencias *de la reestructuración* (sic)[25] y las condiciones de trabajo.
b) En lo que respecta al alegado incumplimiento de la convención colectiva en el municipio de Neiva, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que se haga efectivo el reintegro de los 155 trabajadores despedidos en la administración pública en cuestión y sin pérdida de salarios. Si esto no fuere posible en la práctica, dado el largo lapso de tiempo transcurrido desde el despido, el Comité pide al Gobierno que emprenda iniciativas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa.[26]

El Consejo Seccional de la Judicatura del Huila –Sala Jurisdiccional Disciplinaria–, en sentencia del 25 de febrero de 2000 resolvió declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por el Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva, a través de apoderado judicial. Para el juez a *quo* la *recomendación* del Comité de Libertad Sindical "no es obligatoria y no se ha agotado el procedimiento formal propio de la queja que puede terminar con recomendaciones formuladas por la Comisión de Encuesta que conozca de aquella o con la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según

---

[25] En relación con el aparte subrayado, el texto original no dice "de la reestructuración", como se trascribió en la acción de tutela, sino "de las reestructuraciones en el empleo", tal como se evidencia a folio 202 del cuaderno 1 del expediente.

[26] Folios 28 y 29 cuaderno 1 del expediente.

el caso, esas sí unas y otra vinculantes, conforme a la Constitución de la OIT"[27].

El Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria–, en sentencia del 6 de abril de 2000 confirmó en su integridad la sentencia impugnada.

La Corte Constitucional no seleccionó para revisión la acción de tutela, a la cual correspondió la radicación T-319602, a pesar de sendas solicitudes de selección formuladas por un magistrado de la Corporación y por el Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo.

De otra parte, en febrero de 2004 el presidente del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva, por medio de escrito semejante al presentado en el año 2000 por el apoderado judicial de ese mismo sindicato, instaura acción de tutela para solicitar al juez constitucional la protección de los derechos al trabajo, libertad sindical y asociación sindical de los trabajadores que laboraban para la mencionada entidad territorial. Fundamenta su petición en las siguientes *Recomendaciones provisionales* del Comité de Libertad Sindical formuladas al Consejo de Administración en relación con la queja No. 1962, las cuales están copiadas en el acápite 3.1. de esta sentencia.

De la transcripción que hace el accionante, llama la atención de la Sala que se omiten apartes de los informes del Comité de Libertad Sindical de la OIT que resultarían relevantes para la solución del caso. Por ejemplo, no transcribe el siguiente texto del 322° informe del Comité de Libertad Sindical en que se admiten las explicaciones dadas por el gobierno colombiano en la queja No. 1962 y que atenúan los alcances de su recomendación provisional del año 99:

> C. Conclusiones del Comité
>
> En lo que respecta al despido de 155 trabajadores del municipio de Neiva en el marco de una reestructuración, el Comité había considerado que se

---

[27] Folio 132 cuaderno 1 del expediente.

> había producido una violación de la convención colectiva que garantizaba la estabilidad laboral de los trabajadores sindicalizados y había pedido el reintegro de los interesados y si no fuese posible que el gobierno emprenda iniciativas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa [véase 319º informe, párrafo 152]. A este respecto, el Comité toma atenta nota con interés de que la Corte Constitucional ha ordenado el pago de indemnización en favor de los 14 dirigentes sindicales despedidos, así como de que las autoridades municipales están dispuestas a dar prelación para el enganche de trabajadores despedidos con ocasión de la reestructuración en los cargos que llegue a crear o en las empresas con las cuales contrate el municipio en el futuro. En lo que respecta a los trabajadores que no eran dirigentes sindicales, el Comité toma nota de que según el gobierno habiéndose pronunciado las autoridades judiciales en contra del reintegro de 110 trabajadores (sólo cuatro trabajadores tienen demandas judiciales actualmente en curso) no está en las competencias del gobierno acceder o no al reintegro o al pago de la indemnización pedida por el Comité ya que el gobierno debe respetar las decisiones con autoridad de cosa juzgada. El Comité comprende las explicaciones del gobierno pero le pide que tome las iniciativas a su alcance ante las autoridades competentes del municipio de Neiva para que éstas indemnicen a todos los trabajadores despedidos en violación de la convención colectiva.[28]

El aparte transcrito resulta esencial en la solución del caso por el juez de tutela, pues mientras en el 319º informe de noviembre de 1999, párrafo 156, "el Comité pide al gobierno que emprenda iniciativas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa",[29] en el informe 322 de junio de 2000 "El Comité comprende las explicaciones del Gobierno pero le pide que tome las iniciativas a su alcance ante las autoridades competentes del municipio de Neiva para que éstas *indemnicen a todos los trabajadores despe-*

---

28 Folio 207 cuaderno 1 del expediente.

29 Folio 205 –respaldo– cuaderno 1 del expediente.

didos en violación de la convención colectiva".[30] Pero, lo que no responde el Comité, es este interrogante: ¿cuál es la autoridad competente para determinar cuáles fueron los trabajadores oficiales del municipio de Neiva que fueron despedidos en 1993 en violación de la convención colectiva, máxime cuando a partir de 1991 el artículo 125 de la Constitución expresa que uno de los tipos de empleos públicos es el de trabajador oficial?

De otro lado, al observar aquellas recomendaciones provisionales formuladas al Consejo de Administración por el Comité de Libertad Sindical de la OIT en 2000, 2001 y 2002, esta Sala de Revisión infiere que no se trata de cuatro recomendaciones diferentes sino de la reiteración de la recomendación provisional sometida a consideración del Consejo de Administración en noviembre de 1999. En otras palabras, el conjunto de manifestaciones del Comité de Libertad Sindical expuestas entre noviembre de 1999 y noviembre de 2002 referente a la queja No. 1962 conforman una sola recomendación provisional, reiterada en diferentes oportunidades al Consejo de Administración. Por lo tanto, no representan hechos nuevos que legitimen al sindicato para acudir una vez más ante la jurisdicción constitucional en procura de la protección de los derechos fundamentales ya invocados con anterioridad y resueltos con carácter definitivo por esta jurisdicción. De tal suerte que la presentación de esta nueva tutela, en los términos del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, constituye una actuación temeraria que impone el rechazo de la acción.

En la medida en que el presidente del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva no ostenta la calidad de abogado, la Sala no dará aplicación a lo establecido en el inciso segundo del artículo 38 en referencia,[31] pero, en cambio, sí lo prevendrá para

---

[30] Folio 207 cuaderno 1 del expediente (énfasis agregado).

[31] Dispone el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 que "El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar".

que, a riesgo de incurrir en las infracciones que señale la ley, evite la presentación de nuevas acciones de tutela mientras el Consejo de Administración de la OIT no adopte una decisión definitiva en relación con las *Recomendaciones provisionales* que le sean presentadas por el Comité de Libertad Sindical con ocasión de la queja No. 1962.

4.3. Las circunstancias de improcedencia y de rechazo de la acción de tutela a que se ha hecho mención excluyen determinaciones sobre otros aspectos relacionados con la tutela de la referencia, tales como la eventual aplicación de la doctrina probable que deduce el peticionario a partir de las sentencias T-568/99, T-1211/00 y T-603/03 de esta Corporación. Establecer si en este caso opera o no la doctrina probable que pueda estar contenida en las sentencias enunciadas exige que se hubiesen superado las precitadas condiciones de procedibilidad de la acción.

Por ello, en el presente caso, como se indicó, por tratarse materialmente de la misma recomendación provisional del Comité de Libertad Sindical, que no tiene aún ningún carácter vinculante para el Estado colombiano, se carece de punto de referencia material para establecer la aplicación o no de la alegada doctrina probable constitucional. Y ello tiene que ser así puesto que el simple hecho de aprobar una nueva sentencia por la Corte Constitucional no podría revivir los fallos que hayan quedado en firme en materias semejantes ni faculta a los interesados para acudir una vez más ante el juez de tutela con la esperanza [de] que ahora su caso sea resuelto de modo más favorable a sus expectativas. Téngase en cuenta, así mismo, que la *ratio decidendi* de la sentencia T-568/99 la conformó tanto la violación de los convenios de la OIT sobre asociación y sindicalización como el desconocimiento de determinaciones expresas del Consejo de Administración,[32] mientras que en el presente caso la

---

[32] En la sentencia T-568/99 se concluyó que, "En este caso, el Consejo recibió el informe del Comité y sus recomendaciones, y encontró que el asunto no requería mayor investigación, ni modificó los textos que se le presentaron; antes bien, los asumió, los incorporó a las actas de la reunión, y los publicó como parte de su informe oficial de esa sesión a la comunidad de Estados miembros;

acción de tutela se fundamenta en meras recomendaciones provisionales del Comité de Libertad Sindical. Adicionalmente, en la aludida sentencia del 99 la jurisdicción constitucional se pronunció por primera vez en el tema sometido a su consideración mientras que en el proceso de la referencia ya hubo pronunciamiento definitivo por el juez de tutela en el año 2000, a raíz de la acción instaurada, al igual que ahora, con fundamento en las recomendaciones provisionales del Comité de Libertad Sindical en la queja No. 1962.

Tampoco podrá la Sala pronunciarse sobre otros asuntos incluidos en el escrito de tutela, y determinar, por ejemplo, si la jurisdicción ordinaria laboral incurrió en vía de hecho al despachar desfavorablemente las pretensiones de los trabajadores demandantes en aplicación de la cláusula 3ª de la 24ª Convención Colectiva de Trabajo, la cual exige la terminación injusta del contrato de trabajo, o hasta dónde fue injusta o ilegítima la terminación de relación laboral entre los trabajadores oficiales y la entidad pública aduciendo como causal la supresión del empleo, a la luz del artículo 125 de la Constitución de 1991 que establece que uno de los tipos de empleos públicos es precisamente el de trabajador oficial.

En resumen, la presente acción de tutela debe ser resuelta desfavorablemente por cuanto se fundamenta en recomendaciones provisionales del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, que no tienen carácter vinculante para el Estado colombiano por cuanto aún no han sido adoptadas por el Consejo de Administración, tal como corresponde según la Constitución de la OIT. De manera independiente a la anterior causal de improcedencia, opera otra relacionada con la presentación de esta nueva acción de tutela con base en hechos ya decididos con carácter definitivo por la jurisdicción constitucional. Ello en cuanto las recomendaciones provisionales emitidas por el Comité de Libertad Sin-

---

por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss.)".

dical en los años 2000, 2001 y 2002 no constituyen hechos nuevos, dado que no son más que meras reiteraciones de la recomendación presentada al Consejo de Administración en noviembre de 1999, todas ellas referentes a la queja No. 1962. En consecuencia, se confirmarán las sentencias proferidas por los jueces de instancia y se prevendrá al accionante para que evite la presentación de nuevas acciones de tutela con fundamento en recomendaciones provisionales emitidas por el Comité de Libertad Sindical con ocasión de la Queja No. 1962. [...]

Corte Constitucional
Sentencia C-401 de 2005
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
14 de abril de 2005

[...] La evolución de la jurisprudencia constitucional acerca del valor de los convenios internacionales del trabajo en el ordenamiento jurídico colombiano

7. El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que "[l]os convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna." Ello condujo a que, desde sus inicios, la Corte Constitucional se refiriera a estos convenios como parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico. Así, en la sentencia C-221 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, que versó sobre una norma del Decreto 119 de 1991, que fijaba las escalas de remuneración en el SENA, se señaló con respecto al Convenio 111:

> El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 –aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969–, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación direc-

> ta en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.[1]

Otro ejemplo de ello es la sentencia T-418 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, que resolvió una acción de tutela instaurada contra una empresa por causa de las medidas que había tomado para desincentivar la afiliación de sus trabajadores a organizaciones sindicales. En la sentencia se anota:

> Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el gobierno nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.

8. En la sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se realizó el examen de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994, que aprobó el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. La sentencia se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción. La cuestión era, entonces,

---

[1] El silencio acerca del lugar que ocupaban los tratados internacionales dentro de la normatividad nacional también se presentó en relación con los tratados de derechos humanos. Es así como en la misma sentencia C-221 de 1992 se hace referencia a disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sin determinar cuál es su posición dentro de la jerarquía normativa.

"¿cómo armonizar [...] el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º [de la Constitución] que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?"

Para ello recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

> Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.
>
> En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP, arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP, art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP, art. 93).

9. La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esta Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz –que, entre otros puntos, resolvió una demanda contra un artículo del Código Penal Militar

de aquel entonces que regulaba el allanamiento de casas que gozaran de inmunidad diplomática–, se ocupó la Corte de establecer diferenciaciones en torno a los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad, se expresó:

> 6. Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad[2] está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque "son normas situadas en el nivel constitucional", como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario,[3] o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.[4]
>
> La Corte ha señalado con claridad "que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior".[5] Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden

---

2 Véanse sentencias C-225/95 y C-578/95.

3 Véase sentencia C-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico No. 12.

4 Ver sentencia C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos Jurídicos No. 3 y 4.

5 Véase sentencia C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento Jurídico No. 3.

> interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP, art. 93).[6] Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.

Luego, en la sentencia C-191 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se estableció la diferencia entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato, con el objeto de incluir dentro de los parámetros para el examen de la constitucionalidad las leyes de categoría especial. En la providencia –que versó sobre una demanda contra la Ley 397 de 1997, referida al patrimonio cultural y al fomento de la cultura– se expresó lo siguiente sobre esta figura, a propósito de los tratados internacionales sobre límites territoriales regulados por el art. 101 de la Constitución:

> En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de "supralegalidad". Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatu-

---

[6] Cabe aclarar que, de acuerdo con la sentencia C-295 de 1993, M. P. Carlos Gaviria, no todos los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales conforman el bloque de constitucionalidad, pues esta calidad sólo se predica de aquellos derechos que no pueden ser suspendidos durante los Estados de Excepción.

to Superior,[7] de las leyes orgánicas[8] (CP, art. 151), de las leyes estatutarias[9] (CP, art. 152) y, como se verá adelante, de los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 de la Carta. Podría afirmarse que el texto de la Constitución, junto con el conjunto de normas antes mencionadas, conforman lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el bloque de constitucionalidad en sentido *lato*, es decir aquellas disposiciones que pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad.[10]

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (CP, art. 93). [...]

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquél estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros,

---

7 Véanse, entre otras, las sentencias SC-295/93 M. P. Carlos Gaviria Díaz; SC-179/94, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SC-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero; SC-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SC-327/97, M. P. Fabio Morón Díaz.

8 Véanse, entre otras, las sentencias SC-337/93, (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; SC-423/95, M. P. Fabio Morón Díaz; SC-600A/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero; SC-287/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Véanse las sentencias SC-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y SC-358/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 SC-358/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. [...]

7. El artículo 101 de la Carta, al definir los límites territoriales del Estado colombiano, remite por completo a lo establecido en los tratados internacionales que sobre esta materia haya suscrito y ratificado Colombia. El anotado artículo se convierte así en una especie de norma *en blanco* cuyo contenido debe ser completado a la luz de lo dispuesto en los mencionados instrumentos internacionales. Por vía de la remisión expresa que a ellos efectúa el artículo 101 de la Constitución, los tratados que definen los límites del territorio colombiano entran a formar parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu,* y, por lo tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexequibles por violar el artículo 101 del Estatuto Superior. Sin embargo, es menester precisar que, aun cuando se conviertan en parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, los tratados sobre límites no tienen valor constitucional sino un valor normativo similar al de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, es decir, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias. En esta medida, las normas que expida el Congreso de la República no pueden modificar lo dispuesto en los anotados convenios internacionales, cuyo contenido sólo puede ser alterado mediante la suscripción de otro tratado que expresamente lo modifique, según se desprende de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Carta.

10. En relación con los convenios internacionales del trabajo la noción del bloque de constitucionalidad se aplicó por primera vez para hacer referencia al Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Así, en la sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell,[11] en la cual se concedió el

---

[11] Salvaron el voto los magistrados Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, y el conjuez Jaime Vidal Perdomo.

amparo impetrado por el Defensor del Pueblo en favor de la comunidad indígena UWA, con el objeto de que fuera consultada en relación con una licencia ambiental que había sido concedida para un proyecto de explotación petrolera en tierras de su resguardo, se afirmó que el convenio hacía parte del bloque de constitucionalidad y se utilizó para fijar los alcances de la consulta:

> El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (CP, art. 40-2), tiene un reforzamiento en el Convenio 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación. [...]
>
> Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar [...]

Con base en ello se declaró que no se había configurado realmente una consulta, razón por la cual se concedió la tutela y se ordenó que se practicara la mencionada consulta con la comunidad indígena.

Las apreciaciones desarrolladas en la sentencia SU-039 de 1997 fueron retomadas en la sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en la que se concedió la tutela impetrada a favor de la comunidad indígena embera katío, afectada por la construcción de la represa de Urrá. En la sentencia se ordenó realizar un proceso de consulta con la comunidad y se determinó la inaplicación de un decreto, por

ser violatorio de las normas constitucionales y de "las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 [que aprobó el Convenio 169]."

Las precisiones contempladas en la sentencia SU-039 de 1997 fueron también retomadas en las sentencias C-418 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, y C-891 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, que trataron sobre sendas demandas de inconstitucionalidad contra normas del Código de Minas.

La sentencia C-418 de 2002 versó sobre una demanda dirigida contra el inciso primero del artículo 122 del Código, que establecía que la autoridad minera delimitaría las zonas mineras indígenas, y acusaba la norma por cuanto no contemplaba la consulta para esa demarcación. En la sentencia la Corte se refirió en distintas ocasiones a la necesidad de consultar con las comunidades indígenas cuando se trata de la explotación de recursos naturales en sus territorios. Por lo tanto, consideró que para la delimitación debía "darse aplicación a la regla contenida en el artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Estatuto Superior". Por lo tanto, en la parte resolutiva la Corte declaró que la norma era constitucional, "bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991."

La sentencia C-891 de 2002 se ocupó de la demanda presentada por la Organización Indígena de Colombia contra numerosas normas del Código de Minas por cuanto, a pesar de que su aplicación afectaba territorios indígenas, habrían sido expedidas sin surtirse la consulta con las comunidades indígenas. La Corte estableció, entre otras cosas, que en todos los casos en los que se explotaran recursos naturales en los territorios indígenas debía consultarse con las comunidades, a pesar de que las normas legales mineras no dijeran nada al respecto, pues éstas debían aplicarse conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad:

> "31. El hecho de que las normas demandadas no indiquen de manera expresa que las disposiciones constitucionales –incluyendo los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como es el caso del Convenio 169 de la OIT– se deben respetar en tratándose de asuntos mineros y de explotación de recursos naturales yacentes en territorios indígenas, en nada contradice la Carta Política, toda vez que la prevalencia del ordenamiento superior no requiere del reconocimiento legal expreso.

Con base en lo anterior, en la parte resolutiva de la sentencia se dispuso que varias normas eran constitucionales, en el entendido de que para su aplicación debía procederse a la consulta con las comunidades que podían ser afectadas.[12]

Finalmente, en la sentencia C-620 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra,[13] la Corte conoció de la demanda contra una norma de la Ley 773 de 2003, en la que se contemplaba la creación de una

---

[12] En el numeral sexto se dispuso: "Sexto. Declarar Exequibles, únicamente por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión 'siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el Capítulo XIV de este Código'; contenida en el literal f) y el literal h) del artículo 35 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que las autoridades mineras deberán cumplir los parámetros establecidos en torno a la consulta previa, esto es, dándole a los grupos étnicos las respectivas oportunidades para conocer, revisar, debatir y decidir sobre el tema puesto a su consideración, pudiendo al efecto resolver autónomamente sobre el ejercicio de su derecho de preferencia." Igualmente, en el numeral decimotercero se resolvió: "Décimo Tercero. Declarar Exequible el artículo 127 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que el señalamiento de que trata este artículo deberá hacerse a más tardar dentro del proceso de consulta establecido en el artículo 122 de esta ley, en términos de la sentencia C-418 de 2002."

[13] La sentencia contó con las aclaraciones de voto de los magistrados Álvaro Tafur Galvis y Jaime Araújo Rentería, y con el salvamento de voto de los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Clara Inés Vargas Hernández.

sociedad de economía mixta para explotar las salinas del municipio de Manaure –que estaría conformada por el Estado, el municipio y la comunidad wayúu de Manaure, tradicionalmente vinculada a la explotación de esas salinas–, sociedad a la cual, por ministerio de la ley, se le daría la concesión para la explotación de la sal. La norma fue demandada porque no habría sido consultada con la comunidad indígena. En su sentencia, la Corte declaró que el análisis de la misma debía hacerse "frente a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política y por los artículos 6°, 7°, 13 y 15 del Convenio 169 aprobado por Conferencia General de la OIT", por cuanto éste formaba parte del bloque de constitucionalidad, como ya se había señalado en distintas oportunidades. Luego de hacer el estudio respectivo, la Corte concluyó que la norma era constitucional, por cuanto "no desconoce ni el parágrafo del artículo 333 de la Constitución Política, ni los compromisos internacionales asumidos por Colombia en el Convenio 169 de la OIT, integrante del bloque de constitucionalidad."

11. En la sentencia T-568 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. La sentencia, que versó sobre el despido de trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín que continuaron participando en un cese de labores –a pesar de que la asamblea permanente que habían convocado había sido declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo– concedió el amparo impetrado. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

> En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues

en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos [...]

d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados *"de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna"* (art. 53 inc. 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT, entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos.

Por tanto, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucio-

nales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia: el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga deben ser respetados, su ejercicio no se puede perturbar con la injerencia externa (empleadores, autoridades administrativas, estatales o judiciales), y solamente se debe limitar cuando se trate de servicios públicos esenciales.

Contra la sentencia se elevó una solicitud de nulidad por parte del apoderado de las Empresas Varias de Medellín, la cual fue denegada mediante el Auto de Sala Plena 078-A de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Entre los argumentos planteados por el recurrente se encontraba el de que la Sala había modificado unilateralmente la jurisprudencia, "al incorporar dentro del bloque de constitucionalidad los convenios y recomendaciones de la OIT, sin considerar la naturaleza jurídica de los mismos, ni el modus operandi que la propia Constitución prevé al respecto en el artículo 53." La Sala Plena respondió este cargo de la siguiente manera:

Para desvirtuar este cargo, basta citar un aparte de la sentencia impugnada:

d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

"Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados 'de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia' (art. 93), y 'Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna' (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir".

Así, queda aclarado que el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos com-

> prometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior.
>
> Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (CP, art. 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.[14]

12. A partir de las anteriores decisiones, se puede apreciar que los convenios internacionales del trabajo han sido invocados como elementos de juicio en distintas sentencias de la Corte Constitucional sobre asuntos laborales. En varias providencias se ha mencionado expresamente que los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad.

13. En la sentencia SU-995 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se concedió el amparo solicitado por numerosos docentes de un municipio que reclamaban el pago de sus salarios y prestaciones sociales. En esta ocasión, se recurrió a un convenio del trabajo para interpretar el contenido del vocablo salario, con el fin determinar la amplitud de la protección que pueden recibir a través de la acción de tutela los funcionarios que no han recibido los pagos que les corresponden.[15]

---

[14] Salvaron el voto los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa. Aclaró su voto el magistrado Álvaro Tafur Galvis.

[15] La sentencia contó con una aclaración de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad.* […]

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –relativo a la protección del salario–, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

> "El término ´salario´ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz *salario* y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado –sentido restringido y común del vocablo–, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras –entre otras denominaciones–, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

"Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integra-

> ción de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción *garantista* de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado social de derecho [...]

El contenido de esta providencia ha sido reiterado en múltiples ocasiones.

14. Por otra parte, en distintas providencias se han invocado los Convenios 87 ó 95 (o ambos) al juzgar sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

Así, en la sentencia C-567 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras decisiones, se declaró la inconstitucionalidad de una norma que prohibía la coexistencia de dos o más sindicatos de base en una misma empresa. En la sentencia se indicó que "la Corte, al avocar el tema, sólo puede realizar el examen de las normas legales impugnadas frente a la Constitución, y también, en este caso, al Convenio 87 de la OIT, que según jurisprudencia de la Corporación, hace parte del denominado 'bloque de constitucionalidad' (sentencias T-418 de 1992; C-225 de 1995; y T-568 de 1999, entre otras)." Por lo tanto, en la providencia se cotejó la norma demandada con el artículo 39 de la Constitución y las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, luego de lo cual concluyó que la norma vulneraba el derecho de asociación sindical:

> Al comparar la norma constitucional y las del mencionado Convenio frente a la limitación establecida en los preceptos demandados, no se requieren profundos análisis para llegar a la conclusión de que éstos, en principio, constituyen una limitación al derecho general de los trabajadores a establecer las organizaciones sindicales que consideren convenientes. [...]
>
> Entonces, al continuar con la comparación del artículo 39 de la Constitución, en cuanto que *garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos*, y de las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, especialmente en el artículo 2, que dice que *todos los trabajadores, sin*

ninguna distinción, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, se concluye que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991.[16]

También en la sentencia C-797 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell, se invocó el Convenio 87 al juzgar la constitucionalidad de múltiples normas del Código Sustantivo del Trabajo que habían sido acusadas, en lo esencial, de desconocer la libertad de los sindicatos para dictar autónomamente sus estatutos y establecer su forma de organización y funcionamiento, al igual que su derecho a obtener de manera automática su personería. Varias de las normas acusadas fueron declaradas inexequibles.[17]

A manera de ejemplo, en la sentencia se declaró inconstitucional la norma que regulaba la elección de las directivas sindicales, porque "de acuerdo con el artículo 3 del Convenio 87 a las organizaciones sindicales les asiste el derecho de elegir libremente sus representantes, e igualmente les corresponde, a través de sus estatutos fijar las reglas de juego, concernientes con el proceso de elección de los miembros de las juntas directivas." También se declaró la inconstitucionalidad de una norma que expresaba que las federaciones y confederaciones tendrían derecho al reconocimiento de su personería jurídica, por cuanto ellas "al igual que los sindicatos, tienen derecho al reconocimiento automático de su personería jurídica, sin la intervención del Estado (art. 39 CP, Convenio 87 de la OIT)." De la misma manera, se determinó la inexequibilidad de la norma que prohibía la afiliación a va-

---

[16] La sentencia contó con tres salvamentos parciales de voto, por parte de los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis, y con una aclaración de voto suscrita por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa.

[17] La sentencia contó con salvamentos parciales sobre diferentes puntos de los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alfredo Beltrán Sierra; Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis; y Fabio Morón Díaz.

rios sindicatos de la misma clase o actividad, por cuanto, "según el Convenio 87 de la OIT y lo establecido en el art. 39, una restricción de esta naturaleza viola el derecho de la libertad sindical, por la circunstancia de que no existe razón objetiva y seria, y legitima desde el punto de vista constitucional que justifique la referida disposición". También se declaró la inconstitucionalidad de las normas que determinaban que los sindicatos debían nombrar, de entre sus afiliados, a los miembros de las comisiones de reclamos, a sus delegados en las comisiones disciplinarias y a las personas que debían negociar los pliegos de peticiones. Al respecto dijo la Corte que "[d]eterminar quienes deben representar a la organización sindical es asunto que concierne exclusivamente a ésta en ejercicio de la libertad de que es titular. Las expresiones acusadas, por lo tanto, violan el art. 39 de la y el Convenio 87 de la OIT."

De la misma manera, en la sentencia C-1491 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz, que declaró la constitucionalidad de la norma que prohíbe suscribir o prorrogar pactos colectivos en las empresas cuyos sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores,[18] se determinó declarar exequible el segmento normativo acusado del artículo 70 de la Ley 50 de 1990, "por no ser violatorio de los artículos 13, 39, 55, 92 y 93 Superiores, así como por no contradecir las Convenciones 87 y 98 de la OIT, que conforman, se reitera, el bloque de constitucionalidad, según lo ha precisado y reiterado múltiples veces esta Corporación, entre otras, en las sentencias C-385/2000, C-797/2000, T-441/92, SU-342/95 C-567/2000".[19]

---

[18] Aclaró su voto la magistrada Cristina Pardo.

[19] También se ocuparon del punto acerca del valor jurídico de los convenios internacionales del trabajo las sentencias C-381 y C-385 de 2000, ambas con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero; T-1211 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-474 y T-1303 de 2001, las dos con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra; C-201 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-135 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis; y T-952 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Posteriormente, en la sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett,[20] que versó sobre la Ley 796 de 2003, por la cual se convocó al referendo sobre el proyecto de reforma constitucional, la Corte acudió a distintos convenios al efectuar el juzgamiento de algunas normas de la ley, para determinar si representaban una sustitución de la Constitución, para lo cual eran relevantes los tratados que integran el bloque de constitucionalidad. Las mencionadas normas fijaban topes máximos a las pensiones con cargo a recursos públicos, eliminaban los regímenes pensionales especiales, determinaban la edad mínima para jubilarse, ordenaban la revisión de las pensiones otorgadas en contra del ordenamiento vigente y congelaban por un período determinado los sueldos y pensiones pagados con recursos públicos. Por lo tanto, procedió también a analizar las normas a la luz de los convenios sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (Convenio 128) y sobre la negociación colectiva (convenios 98, 151 y 154), de informes de la Comisión de Expertos de laOIT y de casos adelantados ante el Comité de Libertad Sindical, para concluir finalmente que las normas juzgadas no constituían una sustitución de la Constitución.

15. También se ha señalado expresamente por la Corte que algunos convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Así se hizo en la sentencia C-170 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, que examinó una demanda de inconstitucionalidad contra las normas del Código del Menor que prohíben el trabajo de los menores de 14 años y contemplan que, excepcionalmente, determinadas autoridades podrían permitir el trabajo de niños mayores de 12 años, luego de obtener el concepto favorable del defensor de familia. En la demanda se anotaba que la autorización del trabajo infantil vulneraba los derechos fundamentales de los niños.

En la sentencia se expresó en relación con los Convenios 138 y 182 de la OIT:

---

[20] Salvaron parcialmente su voto los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández.

> 19. En desarrollo de estas últimas disposiciones, es decir, de los artículos 93 y 94 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional ha reconocido que las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos de Niño (Ley 12 de 1991), el Convenio 138 sobre la "Edad Mínima de Admisión de Empleo" (Ley 515 de 1999) y el Convenio 182 sobre la "Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación" (Ley 704 de 2001), forman parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu* y, por lo mismo, no sólo sirven de parámetros de validez constitucional de los preceptos legales, sino que también tienen fuerza vinculante. [...]
>
> 27. En este orden de ideas, los parámetros de validez del trabajo infantil y, por ende, la normatividad referente al señalamiento de la edad mínima para acceder a la vida productiva, tienen su determinación en un marco constitucional compuesto por el preámbulo y los artículos 44, 45, 67, 93 y 94 del Texto Superior, en armonía con las disposiciones previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991) y en los Convenios No. 138 sobre la "Edad Mínima de Admisión de Empleo" (Ley 515 de 1999) y No. 182 sobre la "Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación" (Ley 704 de 2001), ambos proferidos por la OIT.

Luego, la sentencia recurre en forma extensa a los dos convenios de la OIT para analizar las normas demandadas. Ello la conduce a declarar la inconstitucionalidad de una disposición, por ir en contravía de ellos, y a declarar la exequibilidad condicionada de otras dos, en el entendido de que deben interpretarse a la luz de los convenios.[21]

16. En otras sentencias se ha planteado que los convenios internacionales del trabajo integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso segundo del artículo 93 de la CP, que establece que

---

[21] Dicen así los numerales pertinentes de la parte resolutiva:
"*Segundo*. Declarar Exequible la expresión: 'Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años y es obligación de sus padres disponer que acudan a los centros de enseñanza', contenida en el inciso 2° del artículo 238 del De-

los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así se hizo en la sentencia C-038 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett,[22] que versó sobre la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 789 de 2002, que reformaban el Código Sustantivo del Trabajo. En la sentencia se expresó:

> 20. Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos

---

creto-Ley 2737 de 1989, siempre y cuando se entienda que la prestación subordinada de servicios por parte de menores de quince (15) años y mayores de catorce (14), se encuentra sujeta a las condiciones previstas en los Convenios 138 'sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo', y 182 'sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil' de la OIT, desarrolladas en los fundamentos Nos. 31 y 33 de esta providencia.

"*Tercero.*- Declarar Exequible la expresión: 'Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce años (12) podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo', en el entendido que los mayores de 12 años podrán trabajar, siempre y cuando se le dé estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio 138 de la OIT, declarado exequible por la sentencia C-325 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, y que no podrán hacerlo en las actividades a que se refiere el Convenio 183 de la OIT, declarado exequible por la sentencia C-535 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, según lo previsto en los fundamentos Nos. 31, 33 y 34 de esta providencia. Además, la constitucionalidad de la norma reseñada se sujeta a que Colombia continúe acogiéndose a la edad de 14 años."

[22] Los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño presentaron, cada uno, un salvamento parcial y una aclaración de voto con respecto a puntos específicos de la sentencia. También salvaron parcialmente su voto Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el Pidesc, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los "derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia." Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2 "constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos".[23] Y específicamente sobre la integración de los convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, la sentencia T-1303, Fundamento 3°, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló al respecto:

"La opinión de que los convenios internacionales que tienen que ver con el derecho al trabajo quedarían por fuera del bloque de constitucionalidad porque en los Convenios de la OIT no hay mención expresa de que queda prohibida su limitación en los estados de excepción y porque su prevalencia es en el orden interno (inciso 1° artículo 93 de la Constitución Política), es una opinión que se cae de su peso si se considera que el bloque de constitucional se fundamenta en los dos incisos del artículo 93, el segundo de los cuales dice: 'Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Co-

---

[23] Sentencia T-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento 12, tesis reiterada en las sentencias T-235ª de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-04 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

> lombia', lo cual significa que es en virtud del inciso 2° del artículo 93 que los Convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad (ver C-010/2000). La otra objeción consistente en que los Convenios de la OIT no harían parte del bloque de constitucionalidad porque el artículo 53 de la CP los ubica dentro de la legislación interna, es inconsistente porque el inciso 4° del artículo 53 de la CP cuando determina que 'Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna', lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (art. 1° CP), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (art. 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2° del artículo 93 de la CP y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4° del artículo 53 ibídem."

Un ejemplo similar ofrece el caso de la sentencia C-035 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil, que examinó la demanda de inconstitucionalidad incoada contra una norma de la Ley 787 de 2002, por cuanto establecía que cuando terminara el contrato de trabajo sólo procedía compensar en dinero las vacaciones no disfrutadas, "por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año". En la sentencia se declaró la inexequibilidad de la expresión "por año cumplido de servicio y", de manera que la compensación deberá hacerse por la fracción de año que indique el Congreso, sin que pueda ser superior a 6 meses. En la providencia se expresó acerca de los convenios de la OIT y el bloque de constitucionalidad:

> [...] esta Corporación igualmente ha reconocido que dada la naturaleza abierta e indeterminada de las normas constitucionales, es una labor compleja para el legislador desentrañar el sentido y finalidades de cada institución jurídica que pretende regular.

Sin embargo, de igual manera se ha reiterado, que el legislador puede acudir a los Convenios proferidos al amparo de la Organización Internacional del Trabajo, para encontrar en ellos guías ineludibles que le permitirán establecer, si la regulación que se pretende realizar se adecua o no a la finalidad que se persigue con cada acreencia laboral o prestación social y, adicionalmente, si las condiciones impuestas logran asegurar su adquisición, goce y disfrute al amparo de los hechos que le sirven de fundamento.

Por ello, en varias oportunidades, esta Corporación le ha concedido a los convenios y tratados internacionales del trabajo, la naturaleza de normas constitutivas del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, cuyo propósito consiste precisamente en servir de herramienta para desentrañar la naturaleza abierta e indeterminada de los conceptos jurídicos previstos en el Texto Superior. [...]

Para desentrañar el límite máximo que tiene el legislador para proceder a su establecimiento, los Convenios Internacionales de protección al trabajador se convierten en la herramienta apropiada para precisar el contenido abierto e indeterminado que en dicha materia reviste la Constitución Política (CP, art. 93, inciso 2°).[24] Luego, y en virtud de lo previsto en los artículos 5° y 11° del Convenio 132 de la OIT, es indiscutible que cualquier plazo que fije el Congreso de la República, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) de prestación de servicios para tener derecho a vacaciones pagadas de forma proporcional.

---

[24] Determina la citada norma: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Los convenios internacionales del trabajo y el bloque de constitucionalidad en Colombia

17. De la exposición anterior se puede deducir que la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que forman parte del bloque de constitucionalidad. Así, en un primer momento se enfatizó que todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna –en armonía con lo establecido en el inciso 4 del artículo 53 de la Constitución. Luego, varias sentencias empezaron a señalar que varios convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y, posteriormente, se hizo una distinción entre ellos para señalar que algunos pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y otros al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

La pregunta que surge de la demanda y de las intervenciones es la de si todos los convenios internacionales del trabajo deben considerarse automáticamente incorporados no sólo a la legislación interna sino, además, al bloque de constitucionalidad, sin ningún tipo de distinción o de sustentación. En este proceso se han planteado varias posiciones al respecto que inciden en las tesis del demandante y de los intervinientes sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expresión acusada - "los convenios."

La Corte considera que la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe ha-

cerse de manera diferenciada y fundamentada. Si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, varios integran también el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto.

El espectro de temas tratados en los convenios internacionales del trabajo es muy amplio y diverso. El ámbito que tratan se extiende desde el relacionado con los derechos humanos fundamentales en el trabajo hasta el referido a puntos como la administración y las estadísticas del trabajo, pasando por el de la protección contra riesgos específicos como la cerusa en la pintura, el benceno, el asbesto, la maquinaria y el peso máximo por cargar.

Hasta el año 2002, Colombia había ratificado 55 convenios, de los 185 que había aprobado la OIT hasta 2003. Pues bien, los convenios ratificados por Colombia también se refieren a una amplia diversidad de temas, que abarcan desde los derechos humanos fundamentales en el trabajo (como los Convenios Nos. 87 y 98, relativos a la libertad sindical, al derecho de sindicación y a la negociación colectiva; los 29 y 105, relativos a la abolición del trabajo forzoso, etc.) hasta las estadísticas del trabajo (Convenio 160), pasando por los asuntos de la simplificación de la inspección de los emigrantes (Convenio 21), de la inspección del trabajo (Convenios 81 y 129) y de la preparación de las memorias sobre la aplicación de convenios por parte del Consejo de Administración de la OIT (Convenio 116).

Ello sugiere que para establecer cuáles convenios ratificados por Colombia integran el bloque de constitucionalidad es necesario que la Corte proceda a decidirlo de manera específica, caso por caso, tal como lo ha venido haciendo en las sentencias anteriormente citadas.

18. Desde la perspectiva mencionada, la Corte comparte el concepto expuesto por varios intervinientes acerca de que algunos convenios internacionales del trabajo forman parte del bloque de constitucionalidad. Estos convenios son los que la Corte ha indicado o señale en el futuro.

19. Así, pues, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias

que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. Así lo hizo, por ejemplo, en las sentencias que se mencionaron atrás acerca del Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, y de los Convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.

A la Corte también le corresponde señalar si un determinado convenio de la OIT, en razón de su materia y otros criterios objetivos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, puesto que prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolla dicha prohibición contenida en un tratado internacional (CP, art. 93, inciso 1). Así lo hizo, como ya se vio, en la sentencia C-170 de 2004, en relación con los Convenios 138, sobre la edad mínima, y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil.

20. En conclusión, es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido "debidamente ratificados" por Colombia, "hacen parte de la legislación interna" (CP, art. 53, inciso cuarto) –es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno– no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad (CP, art. 93), en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (CP, art. 93, inciso 2), en razón de que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (CP, art. 1) y al derecho al trabajo (CP, arts. 25 y 53). Cuando

algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto (CP, art.93, inciso 1), como también lo ha realizado en sentencias anteriores.

El carácter normativo obligatorio de los convenios de la OIT ratificados por Colombia impide que sean considerados como parámetros supletorios ante vacíos en las leyes.

21. Lo anterior indica que de ninguna manera los convenios internacionales del trabajo pueden ser considerados simplemente como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral. Independientemente de la definición acerca de cuáles son los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad, es claro que todos forman parte de la legislación interna, lo que significa que no pueden ser relegados, por regla general, a parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal.

Adicionalmente, aquellos convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios. Por lo tanto, al resolver "el caso controvertido" –en los términos del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo acusado en el presente proceso–, tales convenios son norma aplicable de manera principal y directa, y han de incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables. Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevaler en el orden interno (CP, art. 93, inc. 1), lo cual ha de ser reconocido y respetado al resolver "el caso controvertido."

22. La norma acusada es anterior a la Constitución de 1991. Ello explica que genere dificultades interpretativas y que no exprese cla-

ramente lo que se ha sentado en los párrafos anteriores, en aplicación de los artículos 53 y 93 de la Carta. Por eso, es necesario condicionar la interpretación de la expresión "convenios".

No siempre existe una norma exactamente aplicable a las controversias. Pues bien, para llenar el vacío específico, se puede también acudir a los convenios ratificados por Colombia, no porque sean normas supletorias, sino porque son fuente principal y directa de derecho que pueden servir de base para llenar el vacío. En este sentido, su aplicación, no su nivel normativo ni su fuerza jurídica, se torna, para ese caso, supletoria. En esta eventualidad, el convenio también debe haber sido ratificado por Colombia (art. 53 CP).

Así, en la parte resolutiva se declarará la constitucionalidad de la expresión demandada, pero se excluirá la interpretación que pueda llevar a que los convenios de la OIT ratificados por Colombia tengan carácter supletorio. Éstos, al incorporarse a la legislación interna (art. 53), son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias. Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos.

Entonces, se condicionará la exequibilidad de la expresión "convenios" a que (i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.

23. Varios intervinientes plantean la necesidad de dictar una sentencia condicionada para salvaguardar la posibilidad de aplicar en forma supletoria los convenios internacionales del trabajo. A algunos los anima especialmente que se defina la situación y los efectos de los convenios que si bien han sido suscritos por Colombia, aún no han sido ratificados por el Estado colombiano.

Esta propuesta está inspirada en el propósito de garantizar el principio del derecho internacional según el cual el cumplimiento

de los tratados ha de hacerse de buena fe. Sin embargo, el derecho internacional y las normas internacionales sobre el derecho de los tratados ratificadas por Colombia expresamente establecen dicha obligación.[25] Además, la Constitución indica que las relaciones internacionales de Colombia se regirán por los principios del derecho internacional (CP, art. 9). Por ello, no considera la Corte que sea necesario hacer este condicionamiento.

Aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa

1. Aunque comparto la decisión tomada en la sentencia de la referencia, creo que la Corte Constitucional habría podido avanzar más en la definición de la relación entre los convenios internacionales del trabajo y el bloque de constitucionalidad, tal como se proponía en el proyecto presentado a la Sala Plena.

2. Indudablemente, la sentencia contiene importantes avances en la materia. Entre ellos, se encuentran:

- La definición de que todos los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna y, por lo tanto, constituyen normas

---

[25] La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, contempla en sus artículos 18 y 27 los principios de la buena fe y del pacta sunt servanda, así: "18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente." Y "26. '*Pacta sunt servanda*'. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."

principales y obligatorias dentro del ordenamiento jurídico colombiano;

- La aclaración de que no todos los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia forman parte del bloque de constitucionalidad. Con ello se dejó en claro que los convenios internacionales del trabajo no ingresan *in genere* y automáticamente al bloque de constitucionalidad, sino que su incorporación al mismo es decidida de manera específica, caso por caso, por la Corte Constitucional, de acuerdo con su materia y con criterios objetivos;
- La indicación de que, de acuerdo con la definición que realice la Corte, algunos convenios internacionales del trabajo forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (CP, art. 93, inciso 2), lo cual significa que se constituyen en un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y para darle plena efectividad al principio fundamental de la protección al trabajador (CP, art. 1) y al derecho al trabajo (CP, arts. 25 y 53);
- La indicación de que, de acuerdo con la definición que realice la Corte, algunos convenios internacionales del trabajo forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (CP, art. 93, inciso 1), cuando determinen que el derecho humano que reconozcan no pueda ser limitado durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición; y
- Por causa del condicionamiento de la parte resolutiva de la sentencia, que genera efectos *erga omnes*, la determinación de que en todos los casos, los jueces laborales y las autoridades administrativas deben aplicar los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia como normas principales y obligatorias.
- También debido al condicionamiento, la decisión en el sentido de que cuando un convenio forma parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo establecido en una sentencia de la Corte Constitucional, su aplicación ha de ser preferente, habida cuenta de su jerarquía frente a las leyes nacionales.

> Así deben proceder los jueces, en especial los laborales, y las autoridades administrativas correspondientes.

3. Sin embargo, pienso que se podría haber avanzado más, tal como se proponía en la ponencia. En concreto considero que se debió acoger la propuesta de incorporar al bloque de constitucionalidad los convenios contenidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada por la Organización Internacional del Trabajo, en el año de 1998. Ello habría significado la inmediata inclusión dentro del bloque de constitucionalidad de los Convenios 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio; 105, referido a la abolición del trabajo forzoso; 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; y 111, acerca de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dada la importancia que se ha reconocido internacionalmente a estos convenios –razón por la cual hacen parte de la categoría de los convenios sobre derechos humanos fundamentales–, su incorporación al bloque de constitucionalidad debió haberse decidido en esta ocasión. Ahora habrá de esperarse a sentencias posteriores para hacerlo.

Por otra parte, considero que se ha debido avanzar en la identificación de los parámetros objetivos que deben ser utilizados para indicar en el futuro qué otros convenios ingresan al bloque, en todo o en parte, según su contenido.

4. Los siguientes párrafos que fueron retirados del proyecto de sentencia habían tratado los puntos mencionados:

> Para el año 2003, la Conferencia Internacional del Trabajo había aprobado un total de 185 convenios. Hasta el año 2002, Colombia había aprobado 60 convenios internacionales del trabajo, referidos a los más diverso temas. De ellos, 55 habían sido ya ratificados para el año 2000.[26]

---

[26] Los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia se encuentran publicados en un libro del mismo nombre, editado por el Ministerio de Trabajo y Protección Social, en el año 2000. Al final del libro aparece

Varios de ellos, dentro de los cuales sobresalen los que protegen la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, forman parte del bloque de constitucionalidad. Pero la diversidad temática de los convenios plantea la cuestión de si todos, una vez ratificados, como lo han venido siendo desde el año 1933, además de ser parte de la legislación interna, y por lo tanto obligatorios en el territorio nacional, también integran el bloque de constitucionalidad.

Al respecto conviene precisar que la misma OIT ha clasificado los convenios internacionales de trabajo en distintas categorías. En su publicación de 1985 sobre los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, la OIT incluye una guía clasificada de las normas internacionales del trabajo que ordena los convenios en las siguientes categorías:[27]

- La de los derechos humanos fundamentales, en los cuales se incluían los convenios referidos a la libertad sindical, al trabajo forzoso y a la igualdad de oportunidades y de trato;
- La del empleo, en la que estarían comprendidos todos los convenios acerca de la política de empleo; de los servicios del empleo y agencias retribuidas de colocación; de la orientación y formación profesionales; de la readaptación y empleo de personas inválidas y de la seguridad del empleo;

---

un listado de todos los convenios aprobados por la OIT hasta abril de 2000 y de los convenios que han sido aprobados –y ratificados– por Colombia.

[27] Cfr. Organización Internacional del Trabajo (1985): Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984, adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, pp. XIX-XXIX. La clasificación se refiere también a las recomendaciones de la OIT, pero para los efectos de esta sentencia se ha restringido el análisis a los convenios internacionales del trabajo. En el libro de Von Potobsky y Bartolomei se presenta una clasificación ligeramente diferente, realizada también por la OIT, en el año de 1988. Ver Gerardo von Potobsk y Héctor G. Bartolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo. El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales,* Buenos Aires, Editorial Astrea, pp. 500 ss.

- La de la política social;
- La de administración del trabajo, que comprendería los convenios sobre el mismo tema, sobre la inspección del trabajo, sobre estadísticas del trabajo y sobre la consulta tripartita;
- La de relaciones de trabajo, que se refiere al convenio sobre negociación colectiva;
- La de condiciones del trabajo, donde entrarían distintos tipos de convenios, a saber: los que versan sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos y la protección del salario; los que tratan sobre las condiciones generales del empleo, en temas como la jornada de trabajo, el trabajo nocturno, el descanso semanal y las vacaciones pagadas; los relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo, referidos a la seguridad y salud de los trabajadores, a la protección contra riesgos específicos y a la protección de determinadas ramas de actividad;
- La de seguridad social, que abarca los convenios referidos al mismo tema de manera general, y a la protección de las diversas ramas de seguridad social, en puntos como la asistencia médica y las prestaciones monetarias de enfermedad, las prestaciones de vejez, de invalidez y sobrevivientes, las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, las prestaciones de desempleo y las prestaciones de maternidad;
- La de trabajo de las mujeres, que comprende tanto los convenios sobre la igualdad de oportunidades y de trato, como los relacionados con la protección de la maternidad, con el trabajo nocturno y con los trabajos subterráneos;
- La del trabajo de los menores, que incluye los convenios sobre edad mínima, sobre trabajo nocturno de los menores, sobre el examen médico y sobre el trabajo subterráneo;
- La de los trabajadores migrantes, que abarca los convenios sobre el mismo tema;
- La de los trabajadores indígenas y poblaciones tribales, que abarca los convenios referidos al reclutamiento, a los contratos de trabajo y a las sanciones penales de trabajadores indígenas, y a las poblaciones indígenas y tribales;

- La de los trabajadores en los territorios no metropolitanos, que comprende los convenios sobre política social, el derecho de asociación, la inspección del trabajo y las normas de trabajo en territorios no metropolitanos;
- La de categorías especiales de trabajadores, dentro de la que caben los convenios referidos a la gente de mar –que tratan sobre puntos como sus documentos de identidad, la marina mercante, la continuidad en el empleo, su colocación y contratos de enrolamiento, las condiciones de admisión al trabajo, los certificados de capacidad, las condiciones generales de empleo, su seguridad, higiene y bienestar y su seguridad social–, a los pescadores, a los trabajadores portuarios, a las plantaciones y al personal de enfermería. "[...]

A lo anterior se suma que las transformaciones sociales han conducido al mismo Consejo de Administración de la OIT a "dejar de lado" varios convenios, por cuanto ya no se ajustan a la situación actual y son, por lo tanto, caducos u obsoletos. Esta decisión significa que la Organización no sigue promoviendo su ratificación, que suspende su publicación en los documentos de la OIT y que deja de pedir información detallada sobre su aplicación. Entre los convenios ratificados por Colombia, esta situación se presenta en relación con varios de los convenios que fueron aprobados por la Ley 129 de 1931 y ratificados en 1933, a saber: el 4, relativo al trabajo nocturno de la mujer; el 15, por el que se fija la edad mínima de admisión de los menores al trabajo en calidad de pañoleros o fogoneros; el 20, relativo al trabajo nocturno en panaderías; y el 21, relativo a la simplificación de la inspección de los migrantes a bordo de los buques. También se aplica al Convenio 104, relativo a la abolición de las sanciones penales por incumplimiento de contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas, aprobado mediante la Ley 20 de 1967 y ratificado en 1969.[28]

---

[28] Los convenios dejados de lado o retirados por la OIT se encuentran identificados en los sitios www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/sources/titles.htm y www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm, de la OIT. De acuerdo con la última, que comprende los convenios aprobados hasta 2003, 28 de los

Además, la misma OIT indica que un buen número de convenios han sido revisados total o parcialmente por convenios o protocolos posteriores. De los convenios ratificados por Colombia se encuentran dentro de esta categoría muchos de los convenios aprobados mediante la Ley 129 de 1931 y ratificados en 1933, tales como el Convenio 3, sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto; el 4, relativo al trabajo nocturno de las mujeres; el 5, por el cual se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales; el 6, sobre el trabajo nocturno de los menores en la industria; el 7, por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo; el 9, relativo a la colocación de la gente del mar; el 10, acerca de la edad de admisión de los niños al trabajo agrícola; el 15, que, como se vio, incluso ya ha sido dejado de lado; el 17, sobre la indemnización por accidentes de trabajo; el 18, acerca de la indemnización por accidentes profesionales; el 23, relativo a la repatriación de la gente de mar; el 24, relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, del comercio y del servicio doméstico; y el 25, sobre el seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas. También están el Convenio 52, sobre las vacaciones anuales pagadas, aprobado mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado en 1963; el 62, relativo a la prescripciones de seguridad en la industria de la edificación, aprobado mediante la Ley 23 de 1967 y ratificado en 1969; el 81, aprobado mediante la misma Ley 23 de 1967 y ratificado en el mismo año; el 95, referido a la protección del salario, aprobado mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado en 1963; el 101, relativo a las vacaciones pagadas en la agricultura, aprobado mediante la Ley 21 de 1967 y ratificado en 1969; el 104, que como ya se dijo también ha sido dejado de lado por la OIT; y el 107, sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales, aprobado mediante la Ley 31 de 1967 y ratificado en 1969.[29]

---

185 convenios aprobados hasta ese año han sido dejados de lado o retirados por la OIT. Se trata de los convenios identificados con los números 4, 15, 20, 21, 28, 31, 34 a 40, 43, 46, 48 a 51, 60, 61, 64 a 67, 86, 91 y 104.

[29] Ver al respecto la página de la Internet www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/sources/titles.htm. La lista de tratados ratificados por Colombia se encuentra en el libro citado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del año 2000.

Es importante subrayar que estos convenios han sido revisados por convenios más protectores de los derechos de las personas, como ocurre con la revisión de los distintos convenios aprobados sobre edad mínima para trabajar en los distintos sectores de la producción, que fueron modificados mediante el Convenio 138 de 1973, con el fin de lograr la abolición del trabajo de los niños;[30] con la revisión de los convenios sobre el trabajo nocturno de las mujeres y los niños, mediante el Convenio 171 de 1990; y con la revisión del Convenio 107 sobre pueblos indígenas y tribales, por medio del Convenio 169.

Como se ha visto, varios convenios se refieren a asuntos que, como las estadísticas, *prima facie*, no parecería que ameritaran su consideración como normas constitucionales; otros cuantos ya fueron dejados de lado por la misma Organización Internacional del Trabajo, por cuanto se encuentran desuetos; y, finalmente, un buen número ha sido revisado en forma parcial o total por otros convenios.

Al mismo tiempo, hay otros convenios que lejos de haber sido "dejados de lado", han cobrado especial trascendencia y han sido objeto de aceptación generalizada por los Estados que suscribieron la Carta Constitutiva de la OIT. Entre tales convenios se destacan los que protegen y desarrollan los alcances de derechos fundamentales, también reconocidos por la Constitución colombiana. [...]

De acuerdo con esta declaración [la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada por la Organización Internacional del Trabajo, en el año de 1998], todos los miembros de la OIT, por el sólo hecho de serlo e independientemente de que hubieran ratificado los convenios específicamente referidos a los principios sobre los derechos fundamentales del trabajo, están obligados a

---

30 El mencionado Convenio 138 de 1973 modificó los convenios sobre la edad mínima en la industria, de 1919 y 1937; en el trabajo marítimo, de 1920 y 1936; en la agricultura, de 1921; en las actividades de pañoleros y fogoneros, en 1921; en los trabajos no industriales, de 1932 y 1937; en la pesca, de 1959, y en el trabajo subterráneo, de 1965.

respetar, promover y hacer realidad esos derechos. Precisamente, con el afán de lograr la vigencia y efectividad de estos derechos fundamentales en el trabajo, la OIT se compromete a prestar toda la colaboración necesaria a los Estados para asegurar su goce pleno por parte de los trabajadores. Así mismo, la OIT creó un sistema de seguimiento especial de la mencionada declaración de 1998, para lo cual estableció la obligación de todos los Estados que aún no han ratificado todos los convenios fundamentales de presentar informes anuales sobre los cambios que se hayan producido en su legislación y práctica institucional acerca de los principios y derechos fundamentales establecidos en la Declaración. Dice la parte resolutiva de la Declaración:

"La Conferencia Internacional del Trabajo,

"1. Recuerda:

"a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas;

"b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

"2. Declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

"a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

"b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

"c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y

"d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

"3. Reconoce la obligación de la Organización de ayudar a sus miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado, a alcanzar esos objetivos haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios, incluida la movilización de recursos y apoyo externos, así como alentando a otras organizaciones internacionales con las que la OIT ha establecido relaciones, de conformidad con el artículo 12 de su Constitución, a respaldar esos esfuerzos:

"a) ofreciendo cooperación técnica y servicios de asesoramiento destinados a promover la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales;

"b) asistiendo a los miembros que todavía no están en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios en sus esfuerzos por respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios; y

"c) ayudando a los miembros en sus esfuerzos por crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.

"4. Decide que, para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración.

"5. Subraya que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento."[31]

Como lo señalan los mismos documentos de la OIT, una mayoría abrumadora de los Estados miembros de la Organización aprobó la Decla-

---

[31] El texto completo de la declaración, y notas sobre sus antecedentes y su trascendencia se pueden consultar en el sitio www. ilo.org.declaration. Es importante anotar que tradicionalmente se consideraba que los convenios

ración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En ella se consignó que todos los Estados miembros están obligados a "respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución [de la OIT]" los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, incluso si no han ratificado los convenios pertinentes.

El número de países que, al 31 de diciembre de 2003, había ratificado los ocho convenios fundamentales que desarrollan los mencionados principios y derechos fundamentales en el trabajo es el siguiente:

- Convenio 87: Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Ratificado por 142 países.
- Convenio 98: Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Ratificado por 154 países.
- Convenio 29: Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio. Ratificado por 163 países.
- Convenio 105: Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso. Ratificado por 161 países.
- Convenio 100: Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Ratificado por 161 países.
- Convenio 111: Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Ratificado por 159 países.
- Convenio 138: Convenio relativo a la edad mínima. Ratificado por 131 países.

---

referidos a los derechos humanos fundamentales en el trabajo se referían a tres temas, a saber: la libertad de asociación y la libertad sindical, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. La declaración preserva estas tres materias, pero les incorpora una más, cual es la de la abolición efectiva del trabajo infantil.

- Convenio 182: Convenio relativo a las peores formas del trabajo infantil. Ratificado por 147 países.[32]

19. Pues bien, las características anotadas sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, unidas a que los ocho convenios que los desarrollan versan sobre materias concernientes al reconocimiento de derechos humanos y guardan relación estrecha con derechos constitucionales protegidos por la Constitución (CP, art. 93), permiten afirmar que por lo menos estos ocho convenios fundamentales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad en el país. Advierte la Corte que respecto de los Convenios 87, 98, 138 y 182 ya la Corte había reconocido su pertenencia al bloque. Sin embargo, respecto de los demás no había un pronunciamiento expreso y específico en ese sentido, como el que en esta sentencia se hace.

La aprobación y ratificación de estos convenios por Colombia ha procedido de la siguiente manera:

---

[32] Ver al respecto el punto 23 de la introducción de los Expertos Consejeros en la Declaración de la OIT a los exámenes de las memorias anuales con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de marzo de 2004. Acerca del punto se plantea en el mismo documento, en el punto 22: "La ratificación de los convenios fundamentales pone explícitamente de manifiesto el compromiso de los Estados miembros de dar cumplimiento a sus disposiciones en derecho y en la práctica. Es alentador observar que cada vez son más los países que están ratificando estos instrumentos fundamentales de la OIT [...] o adoptando iniciativas específicas con tal fin." La aceptación generalizada de los principios y derechos fundamentales del trabajo se deduce también del grado de cumplimiento de la obligación de los Estados de presentar informes anuales sobre el cumplimiento de los mismos. Al respecto, en la misma introducción se manifiesta que desde que se había iniciado el proceso de exámenes anuales de cumplimiento de la declaración, en 2000, solamente cinco Estados no habían presentado nunca el informe que les correspondía. Ver al respecto el sitio http://www.ilo.org/dyn/declaris/declarationweb.annualreviewlist.

- Convenio 87: Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Aprobado mediante la Ley 26 de 1976 y ratificado en el mismo año.
- Convenio 98: Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Aprobado mediante la Ley 26 de 1976 y ratificado en el mismo año.
- Convenio 29: Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio. Aprobado mediante la Ley 23 de 1967 y ratificado en 1969.
- Convenio 105: Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso. Aprobado mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado en 1963.
- Convenio 100: Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Aprobado mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado en 1963.
- Convenio 111: Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Aprobado mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969.
- Convenio 138: Convenio relativo a la edad mínima. Aprobado mediante la Ley 515 de 1999 y ratificado en 2001.[33]
- Convenio 182: Convenio relativo a las peores formas del trabajo infantil. Aprobado mediante la Ley 704 de 2001 y ratificado en enero de 2005.[34]

---

[33] El convenio y la ley aprobatoria fueron declarados exequibles mediante la sentencia C-325 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[34] El convenio y la ley aprobatoria fueron declarados exequibles mediante la sentencia C-535 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Responsabilidad en derechos humanos

Comité de Derechos Humanos
Observación General No. 31
La índole de la obligación jurídica general impuesta
a los Estados Partes en el Pacto
29 de marzo de 2004

1. La presente Observación General sustituye a la Observación General No. 3, que refleja y explica sus principios. Las disposiciones generales de no discriminación del párrafo 1 del artículo 2 han sido examinadas en la Observación General No. 18 y en la Observación General No. 28, y la presente Observación General debe leerse conjuntamente con ellas.

2. Aunque el artículo 2 está redactado en función de las obligaciones de los Estados Partes con respecto a personas individuales en su calidad de titulares de derechos de conformidad con el Pacto, todo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que "las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana" son obligaciones erga omnes y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, la dimensión contractual del tra-

tado obliga a cualquier Estado Parte en un tratado a cumplir con respecto a cualquier otro Estado Parte sus compromisos dimanantes del tratado. A este respecto, el Comité recuerda a los Estados Partes la conveniencia de que hagan la declaración prevista en el artículo 41. Recuerda también a los Estados Partes que ya han hecho la declaración el valor potencial de que se acojan al procedimiento prescrito en ese artículo. Sin embargo, el simple hecho de que exista un mecanismo interestatal oficial para presentar quejas al Comité de Derechos Humanos con respecto a los Estados Partes que han hecho la declaración especificada en el artículo 41 no significa que este procedimiento sea el único método por el que los Estados Partes pueden hacer valer su interés en el cumplimiento de los demás Estados Partes. De lo contrario, el procedimiento del artículo 41 debe considerarse que complementa y no que menoscaba el interés de los Estados Partes por el cumplimiento de las obligaciones de los demás Estados Partes. En consecuencia, el Comité recomienda a los Estados Partes que consideren que toda violación de los derechos del Pacto por cualquier Estado Parte merece ser objeto de su atención. Señalar las posibles violaciones de las obligaciones del Pacto por parte de los Estados Partes y pedirles que cumplan sus obligaciones de conformidad con el Pacto debe ser considerado, lejos de como un acto poco amistoso, como un reflejo del interés legítimo de la comunidad.

3. El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción (véanse los párrafos 9 y 10). En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe.

4. Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras

autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente, incluso ante el Comité, puede no señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte "puede no invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado". Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado. A este respecto, el Comité recuerda a los Estados Partes que tienen una estructura federal lo estipulado en el artículo 50, según el cual las disposiciones del Pacto "se extenderán a todas las partes de los Estados federales sin ninguna limitación ni excepción".

5. El párrafo 1 del artículo 2, relativo al respeto y a la garantía de los derechos reconocidos por el Pacto, produce un efecto inmediato en todos los Estados Partes. El párrafo 2 del artículo 2 prescribe el marco general dentro del cual los derechos especificados en el Pacto se tienen que promover y proteger. [Como consecuencia de ello, el Comité ha indicado anteriormente en su Observación General No. 24 que las reservas al artículo 2 serían incompatibles con el Pacto considerado a la luz de sus objetivos y propósitos].

6. La obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto.

Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto. En ningún caso se deben aplicar las restricciones o invocarse de una manera que menoscabe la esencia de un derecho del Pacto.

7. El artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas. El Comité cree que es importante elevar los niveles de conocimiento acerca del Pacto no sólo entre los funcionarios públicos y los agentes del Estado sino también entre la población en general.

8. El párrafo 1 del artículo 2 estipula que las obligaciones son vinculantes para los Estados Partes y que no producen, como tales, un efecto horizontal directo como cuestión de derecho internacional. El Pacto no puede considerarse como un sustitutivo del derecho interno penal o civil. Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas. Se recuerda a los Estados la relación recíproca entre las obligaciones positivas impuestas en el artículo 2 y la necesidad de prever remedios eficaces en caso de que se produzca una violación del párrafo 3 del artículo 2. El propio Pacto prevé en algunos artículos determinadas esferas en las que existen obligaciones positivas impuestas a los Estados Partes para abordar las actividades de las personas o

entidades privadas. Por ejemplo, las garantías relacionadas con la intimidad del artículo 17 deben estar protegidas por la ley. Del artículo 7 se deduce también implícitamente que los Estados Partes tienen que adoptar medidas positivas para garantizar que las personas o entidades privadas no infligen torturas o un trato o un castigo cruel, inhumano o degradante a otras personas sometidas a su poder. En esferas que afectan a aspectos básicos de la vida ordinaria como el trabajo o la vivienda, los individuos están también protegidos contra la discriminación en el sentido del artículo 26.

9. Los beneficiarios de los derechos reconocidos por el Pacto son personas físicas. Aunque, con excepción del artículo 1, el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos por el Pacto, como la libertad de manifestar su religión o sus creencias (art. 18), la libertad de asociación (art. 22) o los derechos de los miembros de minorías (art. 27), pueden disfrutarse en comunidad con otros. El hecho de que la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones está limitada a las que presentan personas físicas o se presentan en su nombre (art. 1 del (primer) Protocolo Facultativo) no impide que esos individuos pretendan que acciones u omisiones que conciernen a las personas jurídicas y entidades similares equivalen a una violación de sus propios derechos.

10. Los Estados Partes están obligados por el párrafo 1 del artículo 2 a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado Parte. Como se indica en la Observación General No. 15 aprobada en el 27º período de sesiones (1986), el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o

estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla.

11. Tal como está implícito en la Observación General No. 29, el Pacto se aplica también en situaciones de conflicto armado a las que son aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes.

12. Además, la obligación del artículo 2 que exige que los Estados Partes respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 y 7 del Pacto, sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea posteriormente trasladada. Las autoridades judiciales y administrativas competentes deben ser conscientes de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Pacto en esos asuntos.

13. El párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. Cuando existan incompatibilidades entre el derecho

interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto. El artículo 2 autoriza a un Estado Parte a proceder de conformidad con su propia estructura constitucional interna y, en consecuencia, no exige que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales, mediante la incorporación del Pacto al derecho nacional. El Comité opina, sin embargo, que las garantías del Pacto pueden recibir una mayor protección en los Estados en los que automáticamente o por medio de una incorporación concreta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno. El Comité invita a los Estados Partes en los que el Pacto no forma parte del orden jurídico interno, [a] que consideren la conveniencia de que el Pacto pase a formar parte del derecho interno para facilitar la plena realización de los derechos del Pacto tal como se exige en el artículo 2.

14. El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado.

15. El párrafo 3 del artículo 2 exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al establecimiento por los Estados Partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del

derecho nacional. Se requieren en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos, dotadas de facultades adecuadas, pueden contribuir a este fin. La falta de realización por un Estado Parte de una investigación sobre las alegaciones de violaciones podría en sí constituir una violación separada del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso eficaz.

16. El párrafo 3 del artículo 2 requiere que los Estados Partes otorguen una reparación a las personas cuyos derechos del Pacto han sido violados. Si no se otorga una reparación a los individuos cuyos derechos del Pacto han sido violados, la obligación de proporcionar un recurso efectivo, que es fundamental para la eficacia del párrafo 3 del artículo 2, no se cumple. Además de la reparación explícita exigida por el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 6 del artículo 14 el Comité considera que el Pacto entraña por lo general una indemnización adecuada. El Comité señala que, cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos.

17. En general, los objetivos del Pacto no se alcanzarían sin una obligación integrada en el artículo 2 de adoptar medidas para evitar que vuelva a producirse una violación del Pacto. En consecuencia, en casos relativos al Protocolo Facultativo el Comité ha adoptado frecuentemente la práctica de incluir en sus opiniones la necesidad de adoptar medidas, además del recurso de una víctima concreta, para evitar que se repita ese tipo de violación. Esas medidas pueden requerir cambios en las leyes o prácticas del Estado Parte.

18. Cuando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean some-

tidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia a la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7). En consecuencia, cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto a que se hace referencia en el presente párrafo, los Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal, como ha ocurrido con determinadas amnistías (véase la Observación General No. 20 (44)) y las inmunidades e indemnizaciones jurídicas anteriores. Además, ninguna posición oficial justifica que personas que pueden ser acusadas de responsabilidad por esas violaciones queden inmunes de responsabilidad jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos excesivamente breves de prescripción en los casos en que esas limitaciones son aplicables. Los Estados Partes deben también prestarse asistencia mutuamente para someter a la justicia a las personas de las que sospechan que han cometido actos de violación del Pacto que son punibles con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

19. El Comité sostiene además la opinión de que el derecho a un recurso efectivo puede en algunas circunstancias hacer necesario que los Estados Partes adopten y apliquen medidas provisionales para

evitar violaciones constantes y para reparar lo más pronto posible cualquier daño que se pueda haber causado de resultas de esas violaciones.

20. Incluso cuando los sistemas jurídicos de los Estados Partes están dotados oficialmente de algún recurso adecuado, se siguen produciendo violaciones de los derechos del Pacto. Esto es atribuible probablemente a que los recursos no funcionan con eficacia en la práctica. En consecuencia, se pide a los Estados Partes que aporten información sobre los obstáculos a la eficacia de los recursos existentes en sus informes periódicos.

Subcomisión de Derechos Humanos
Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos
26 de agosto de 2003*

Preámbulo

Teniendo presentes los principios y obligaciones enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el Preámbulo y los artículos 1, 2, 55 y 56, entre ellos promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

Recordando que la Declaración Universal de Derechos Humanos se proclama como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los gobiernos, las demás instituciones de la sociedad y los individuos promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto de los derechos humanos y las libertades y aseguren, con medidas progresivas, su reconocimiento

---

* Naciones Unidas, Subcomisión de Derechos Humanos, Documento E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2.

y aplicación universales y efectivos, incluso la igualdad de derechos de hombres y mujeres, la promoción del progreso social y la elevación del nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que, aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos,

Consciente de que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sus directivos y las personas que trabajan para ellas tienen también la obligación de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Esclavitud y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; los cuatro Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, y sus dos Protocolos Facultativos destinados a proteger a las víctimas de los conflictos armados; la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el Convenio sobre la Diversidad Biológica; el Convenio sobre

responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos; la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente; la Declaración sobre el derecho al desarrollo; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; el Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible; la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas; la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud; los Criterios éticos para la promoción de medicamentos y la política de Salud para todos en el siglo XXI de la Organización Mundial de la Salud; la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; los convenios y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo; la Convención y el Protocolo relativos al Estatuto de los Refugiados; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre la lucha contra el soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; y otros instrumentos,

Teniendo en cuenta las normas enunciadas en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social y la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo,

Teniendo presentes las Directrices sobre las Empresas Transnacionales y el Comité sobre Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos;

Teniendo presente también la iniciativa de las Naciones Unidas denominada Pacto Mundial en que se emplaza a los dirigentes empresariales a "adoptar y promulgar" nueve principios básicos en la esfera

de los derechos humanos, incluidos los derechos laborales y el medio ambiente,

Consciente de que la Subcomisión del Consejo de Administración sobre Empresas Multinacionales, la Comisión de Aplicación de Normas y el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo han nombrado a las empresas involucradas en el incumplimiento por distintos Estados del Convenio 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación y del Convenio 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, y tratando de complementar y apoyar sus esfuerzos por alentar a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales a que protejan los derechos humanos,

Consciente también del Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos y considerando que se trata de una interpretación y una ampliación útiles del contenido de las Normas,

Tomando nota de las tendencias mundiales que han acrecentado la influencia de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en las economías de la mayoría de los países y en las relaciones económicas internacionales, y del número cada vez mayor de otras empresas comerciales que realizan actividades fuera de las fronteras nacionales mediante acuerdos diversos que dan origen a actividades económicas que rebasan la capacidad real de cualquier sistema nacional,

Observando que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen capacidad para promover el bienestar económico, el desarrollo, los adelantos tecnológicos y la riqueza, así como para causar perjuicio a los derechos humanos y a la vida de las personas con sus prácticas y actividades comerciales básicas, incluidas las prácticas de empleo, sus políticas ambientales, sus relaciones con los proveedores y los consumidores, sus interacciones con los gobiernos y demás actividades,

Observando también que continuamente surgen nuevas cuestiones e intereses internacionales en materia de derechos humanos, y que

las empresas transnacionales y otras empresas comerciales suelen estar involucradas en estas cuestiones e intereses, por lo que se hace necesario seguir estableciendo y aplicando normas, ahora y en el futuro,

Reconociendo la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos tienen el derecho de participar en un desarrollo económico, social, cultural y político que propicie el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como de contribuir a dicho desarrollo y disfrutar de él,

Reafirmando que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sus directivos –incluidos los administradores, los miembros de los consejos de dirección o los directores y demás ejecutivos– y las personas que trabajan para ellas tienen, entre otras cosas, obligaciones y responsabilidades en la esfera de los derechos humanos, y que las presentes normas de derechos humanos contribuirán a crear y desarrollar el derecho internacional relativo a esas responsabilidades y obligaciones,

Proclama solemnemente las presentes Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos e insta a que no se escatimen esfuerzos para que sean conocidas y respetadas por todos.

A. Obligaciones generales

1. Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obli-

gación de promover, asegurar que se disfruten, respetar, hacer respetar y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, así como los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables.

Comentario

a) En este párrafo se recoge el criterio primordial de las Normas, por lo que el resto de las Normas debe leerse teniendo presente su contenido. La obligación de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales establecida en las presentes Normas se aplica por igual a las actividades que tienen lugar en el país de origen o territorio de la empresa transnacional u otra empresa comercial y en cualquier otro país en el que la empresa realice sus actividades.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tendrán la responsabilidad de ejercer la diligencia debida para asegurar que sus actividades no contribuyan directa o indirectamente a causar perjuicio a los seres humanos y no saquen provecho directo o indirecto de perjuicios de los que tengan o debieran tener conocimiento. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se abstendrán en delante de realizar actividades que vayan en detrimento del Estado de derecho y de los esfuerzos de los gobiernos y otras entidades para promover y velar por el respeto de los derechos humanos, y ejercerán su influencia para contribuir a promover y velar por ese respeto. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se informarán de las consecuencias para los derechos humanos de sus actividades principales y de las actividades de importancia que se propongan realizar para que puedan seguir evitando toda complicidad en las violaciones de los derechos humanos. Los Estados no podrán utilizar las presentes Normas como pretexto para dejar de adoptar medidas de protección de los derechos humanos, por ejemplo mediante la imposición de las leyes vigentes.

B. Derecho a la igualdad de oportunidades y a un trato no discriminatorio

2. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la igualdad de oportunidades y de trato, como se dispone tanto en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes, así como en las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de eliminar toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, condición social, pertenencia a un pueblo indígena, discapacidad, edad –con excepción de los niños, que pueden recibir mayor protección–, u otra condición de la persona que no guarde relación con los requisitos para desempeñar su trabajo o con el cumplimiento de medidas especiales destinadas a superar la discriminación practicada en el pasado contra ciertos grupos.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tratarán a cada trabajador con igualdad, respeto y dignidad. Entre otros tipos de condiciones respecto de las cuales debería eliminarse la discriminación figuran la salud (incluidos el VIH/SIDA y la discapacidad), el estado civil, la capacidad de procreación, el embarazo y la orientación sexual. Ningún trabajador será objeto, directa o indirectamente, de forma alguna de discriminación física, sexual, racial, psicológica, verbal o cualquier otra forma de acoso o maltrato, según se define en el párrafo precedente. Ningún trabajador será objeto de intimidación o trato degradante ni de medidas disciplinarias si no median procedimientos justos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales establecerán un entorno laboral en el que sea evidente que ese tipo de discriminación no será tolerada. Esas funciones se llevarán a cabo de conformidad con el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo y el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT) y otros instrumentos internacionales pertinentes.

b) Se entiende por discriminación toda distinción, exclusión o preferencia basada en las particularidades precitadas, que surta el efecto de invalidar o menoscabar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación. Todas las políticas de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, incluidas las de captación, contratación, despido, remuneración, ascenso y formación, pero sin limitarse a éstas, tendrán un carácter no discriminatorio.

c) Se deberá prestar especial atención a las consecuencias de las actividades comerciales que puedan afectar a los derechos de la mujer, en particular en lo que respecta a las condiciones de trabajo.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tratarán a las demás partes interesadas, por ejemplo los pueblos y las comunidades indígenas, con respeto y dignidad y en pie de igualdad.

C. Derecho a la seguridad personal

3. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no cometerán actos que constituyan crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura, desapariciones forzadas, trabajo forzoso u obligatorio, toma de rehenes, ejecuciones sumarias o arbitrarias, violaciones del derecho humanitario o delitos internacionales de otra índole contra la persona humana, según se definen en el derecho internacional, en particular en las normas de derechos humanos y en el derecho humanitario, ni se beneficiarán de esos actos.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que producen o proporcionan productos y servicios militares, de seguridad o de policía adoptarán medidas estrictas para impedir que esos productos y servicios se utilicen para cometer violaciones de

los derechos humanos o del derecho humanitario y utilizar a este respecto las prácticas óptimas que vayan adoptándose.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no producirán ni venderán armas que hayan sido declaradas ilícitas de conformidad con el derecho internacional. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no participarán en transacciones comerciales a sabiendas de que darán lugar a violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario.

4. Las disposiciones que adopten las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de seguridad serán compatibles con las normas internacionales de derechos humanos y con las leyes y normas profesionales del país o de los países en que realicen sus actividades.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, sus ejecutivos, trabajadores, contratistas, subcontratistas, proveedores, licenciatarios y distribuidores y las personas naturales u otras personas jurídicas que concierten algún acuerdo con la empresa transnacional o empresa comercial observarán las normas internacionales de derechos humanos, en particular las enunciadas en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; los Principios básicos de las Naciones Unidas sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; el Código de Conducta de las Naciones Unidas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; y las prácticas óptimas recientemente adoptadas en la industria, la sociedad civil y los gobiernos.

b) Los acuerdos en materia de seguridad de las empresas se utilizarán solamente para los servicios preventivos y de defensa y no se emplearán para actividades que sean responsabilidad exclusiva de los militares o los servicios de orden público del Estado. El personal

de seguridad empleará la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en una medida proporcional a la amenaza.

c) El personal de seguridad no violará los derechos de las personas cuando ejerzan los derechos a la libertad de asociación y de reunión pacífica, a la participación en la negociación colectiva o al goce de otros derechos conexos de los trabajadores y empleadores, como los reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales establecerán políticas que prohíban la contratación de personas, milicias privadas y grupos paramilitares o la asociación con unidades de las fuerzas de seguridad del Estado o con empresas de contratación de servicios de seguridad de las que se conozca que hayan sido responsables de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales emprenderán con la debida diligencia investigaciones sobre los posibles guardias de seguridad u otros proveedores de servicios de seguridad antes de contratarlos y velarán por que los guardias que empleen reciban el entrenamiento y la orientación debidos y observen las limitaciones internacionales pertinentes respecto de, por ejemplo, el uso de la fuerza y de las armas de fuego. Si una empresa transnacional u otra empresa comercial contrata los servicios de una fuerza de seguridad del Estado o una empresa privada de servicios de seguridad, las disposiciones pertinentes de las presentes Normas (párrafos 3 y 4, así como el Comentario correspondiente) se incorporarán en el contrato y al menos dichas disposiciones se darán a conocer cuando así se solicite a las partes interesadas a fin de velar por su cumplimiento.

e) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que utilicen las fuerzas de seguridad pública celebrarán consultas periódicas con los gobiernos anfitriones y, si procede, con las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las comunidades acerca de las consecuencias que hayan tenido sus acuerdos de seguridad en las comunidades locales. Las empresas transnacionales y otras em-

presas comerciales comunicarán sus políticas relativas a la conducta ética y a los derechos humanos y expresarán su deseo de que un personal que haya pasado efectivamente el debido entrenamiento preste esos servicios de seguridad de manera compatible con esas políticas.

D. Derechos de los trabajadores

5. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no recurrirán al trabajo forzoso u obligatorio prohibido en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes, así como en las normas internacionales de derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no emplearán trabajo forzoso u obligatorio, ya que está prohibido en el Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio de 1930 (Nº 29) y en el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso de 1957 (Nº 105), de la OIT y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes. Los trabajadores serán contratados y remunerados, y se les proporcionará un entorno laboral justo y propicio. Se tomarán todas las medidas posibles para que los trabajadores no caigan en la servidumbre por deudas y otras formas contemporáneas de esclavitud.

b) Los trabajadores tendrán la opción de dejar su empleo y el empleador facilitará su partida proporcionándoles toda la documentación y la asistencia necesarias.

c) Los empleadores recurrirán al trabajo penitenciario sólo en las condiciones establecidas en el Convenio 29 de la OIT, que permite ese tipo de trabajo únicamente como consecuencia de una condena pronunciada por sentencia judicial a condición de que ese trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públi-

cas y que el individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

6. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán los derechos de los niños a ser protegidos de la explotación económica prohibida en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes, así como en las normas internacionales de derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.

Comentario

a) La explotación económica de los niños incluye el empleo o trabajo en cualquier ocupación antes de que el menor termine la enseñanza obligatoria y, salvo en el caso de los trabajos livianos, antes de que cumpla los 15 años de edad o termine la enseñanza obligatoria. La explotación económica comprende también el empleo de un niño en actividades que perjudiquen su salud o su desarrollo, impidan su asistencia a la escuela o el cumplimiento de sus deberes escolares o, de otro modo sean incompatibles con las normas de derechos humanos establecidas en el Convenio 138 y la Recomendación 146 relativos a la edad mínima, el Convenio No. 182 y la Recomendación 190 relativos a las peores formas de trabajo infantil y la Convención sobre los Derechos del Niño. La explotación económica no abarca el trabajo realizado por los menores en la escuela en relación con su instrucción general, profesional o técnica ni en ninguna otra institución docente.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no emplearán a ninguna persona que no haya cumplido los 18 años de edad en ningún tipo de trabajo que por su naturaleza o circunstancias sea peligroso, interfiera con la educación del menor o se lleve a cabo de manera que ponga en peligro la salud, la seguridad o la dignidad de los jóvenes.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales podrán emplear a personas con edades entre los 13 y los 15 años en trabajos livianos, si las leyes o reglamentos nacionales lo permiten.

Se entiende por trabajo liviano todo trabajo que no sea perjudicial para la salud o el desarrollo del menor ni vaya en detrimento de su asistencia a la escuela, de su participación en la orientación profesional, de los programas de formación aprobados por la autoridad competente o de la capacidad del menor para aprovechar la instrucción recibida.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales consultarán a los gobiernos la planificación y aplicación de programas de acción nacionales para eliminar las peores formas de trabajo infantil de conformidad con el Convenio 182 de la OIT. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que utilicen trabajo infantil crearán y aplicarán un plan para eliminar este tipo de trabajo. En ese plan se evaluará lo que ocurrirá con los menores que ya no estén empleados en esa actividad y se incluirán medidas como la de sacar al menor del lugar de trabajo y proporcionarle oportunidades adecuadas de instrucción, formación profesional y otro tipo de protección social para él y su familia, por ejemplo, empleando a los padres o a los hermanos mayores o aplicando otras medidas que sean compatibles con las Recomendaciones 146 y 190 de la OIT.

7. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán un entorno laboral seguro y saludable, de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes, así como en las normas internacionales de derechos humanos y en el derecho internacional humanitario.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales serán responsables de la seguridad y la salud laboral de sus trabajadores y proporcionarán un entorno laboral seguro y saludable de conformidad con los requisitos nacionales de los países en donde estén situadas y con las normas internacionales consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los Convenios de la OIT: Convenio relativo a las condiciones de empleo

en las plantaciones, 1958 (No. 110); el Convenio relativo a la protección contra las radiaciones, 1950 (No. 115); el Convenio sobre protección de la maquinaria, 1963 (No. 119); el Convenio sobre higiene (comercio y oficinas), 1964 (No. 120); el Convenio sobre peso máximo, 1967 (No. 127); el Convenio sobre el benceno, 1971 (No. 136); el Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 (No. 139); el Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 (No. 147); el Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruidos y vibraciones), 1977 (No. 148); el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (No. 155); el Convenio sobre servicios de salud en el trabajo, 1985 (No. 161); el Convenio sobre el amianto, 1986 (No. 162); el Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (No. 167); el Convenio sobre productos químicos, 1990 (No. 170); el Convenio sobre prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (No. 174); el Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (No. 176); el Convenio sobre protección de la maternidad, 2000 (No. 183) y otras recomendaciones pertinentes, así como velar por su aplicación de conformidad con el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (No. 81), el Convenio sobre inspección del trabajo (agricultura), 1969 (No. 129); el Convenio sobre representantes de los trabajadores, 1971 (No. 135) y los convenios que los sucedieron. Este entorno laboral seguro y saludable para las mujeres y los hombres contribuirá a la prevención de accidentes y lesiones derivadas del trabajo o vinculadas con él o que ocurran en el proceso. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tendrán en cuenta también las necesidades específicas de los trabajadores migrantes como se estipula en el Convenio sobre trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (No. 143) de la OIT, y en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

b) En consonancia con el apartado a) del párrafo 15, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales darán a conocer información sobre las normas de seguridad e higiene relacionadas con sus actividades locales. En esa información figurarán también los acuerdos de formación en prácticas laborales seguras y los por-

menores de los efectos de todas las sustancias utilizadas en los procesos de fabricación. En particular, y en consonancia también con el apartado e) del párrafo 15, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales pondrán en conocimiento cualquier peligro especial que supongan esas tareas o condiciones de trabajo y las medidas de que se dispone para proteger a los trabajadores.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales preverán, de ser necesario, las medidas destinadas a atender situaciones de emergencia y accidentes, incluso la prestación de los primeros auxilios. También asumirán el costo de la ropa y el equipo de protección del personal, en caso necesario. Además, incurrirán en los gastos relacionados con las medidas de seguridad e higiene del trabajo.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales cooperarán plenamente y celebrarán consultas con las autoridades encargadas de la salud, la seguridad y la actividad laboral, con los representantes sindicales y sus organizaciones y con las organizaciones sanitarias y de seguridad reconocidas acerca de las cuestiones relacionadas con la seguridad y la higiene del trabajo. Cooperarán con las organizaciones internacionales que se ocupan de la preparación y aprobación de normas internacionales de seguridad y salud. Cuando proceda, las cuestiones relacionadas con la seguridad y la salud se incorporarán a los acuerdos con los representantes sindicales y sus organizaciones. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales examinarán las causas de los peligros en materia de seguridad e higiene en su industria y procurarán introducir mejoras y dar solución a esas condiciones, incluso aportando equipo de protección que al menos cumpla las normas de la industria. Además, inspeccionarán el entorno laboral y comprobarán el estado de salud de los trabajadores que estén expuestos a peligros y riesgos específicos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales investigarán los accidentes laborales, llevarán registros de los incidentes en los que anotarán sus causas y las medidas correctivas adoptadas para prevenir accidentes parecidos, velarán por que se asigne una compensación al lesionado y, en todo caso, procederán de conformidad con lo establecido en el apartado e) del párrafo 16.

e) Asimismo, tal como se establece en el apartado e) del párrafo 16, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales: i) respetarán el derecho de los trabajadores a salir de situaciones laborales en las que haya motivos suficientes para preocuparse por un peligro presente, inminente y grave para su vida o su salud; ii) se abstendrán de tomar represalias por ello y, además, iii) no les exigirán que regresen a esas situaciones laborales mientras esas condiciones sigan existiendo.

f) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no exigirán a ningún trabajador que trabaje más de 48 horas semanales ni más de 10 horas diarias. Los trabajadores no deberán trabajar horas extraordinarias voluntarias que rebasen las 12 horas semanales; tampoco cabe esperar que sea algo habitual. Esas horas extraordinarias se pagarán a una tarifa superior a la normal. Cada trabajador disfrutará al menos de un día de descanso en cada período de siete días. Estas protecciones pueden ajustarse para atender las diferentes necesidades del personal administrativo; los obreros de la construcción, la prospección y actividades análogas que trabajan períodos cortos (por ejemplo una semana o dos) seguidos de un período equiparable de descanso; y los profesionales que hayan indicado claramente su deseo personal de trabajar un mayor número de horas.

8. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales pagarán a los trabajadores una remuneración que les garantice un nivel de vida adecuado para sí y sus familias. Esa remuneración tendrá debidamente en cuenta lo que los trabajadores necesitan para tener unas condiciones de vida adecuadas y seguir mejorándolas.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales pagarán a sus trabajadores una remuneración justa y razonable por la labor realizada o por realizar, libremente convenida o fijada por las leyes o reglamentos nacionales (la mayor de las dos cifras), pagadera

a intervalos regulares y frecuentes en moneda de curso legal a fin de garantizar un nivel de vida adecuado de los trabajadores y sus familiares. Al realizar actividades en los países menos adelantados se procurará en particular pagar salarios justos. Los salarios se pagarán con arreglo a las normas internacionales como el Convenio relativo a la protección del salario, 1949 (No. 94) de la OIT. El pago del salario constituye una obligación contractual de los empleadores que debe cumplirse incluso en caso de insolvencia, de conformidad con el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (No. 173).

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no utilizarán como medida disciplinaria la retención de un salario ya devengado por el trabajador ni se permitirá retención salarial alguna en circunstancias o en una cuantía distintas de las prescritas por las leyes o reglamentos nacionales o fijadas en un acuerdo colectivo o en un laudo arbitral. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales evitarán también la adopción de medidas que mermen el valor de los beneficios y prestaciones no salariales, incluidas las pensiones, la remuneración diferida y el seguro médico.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales mantendrán registros detallados por escrito sobre las horas de trabajo de cada trabajador y los salarios pagados. Los trabajadores recibirán información de manera apropiada y fácilmente comprensible antes de comenzar a trabajar y siempre que se introduzca alguna modificación en las condiciones respecto de los salarios, sueldos y otros emolumentos previstos para el empleo que realizan. En el momento de efectuarse el pago del salario, los trabajadores recibirán una hoja de pago en que se detallen, en relación con el período de pago de que se trate, el salario bruto devengado, cualquier deducción y las razones para ello, así como el importe neto a cobrar.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no limitarán en modo alguno la libertad de los trabajadores a disponer de sus salarios ni ejercerán sobre ellos coacción alguna para que utilicen los almacenes o los servicios de la empresa, en caso de que existan. Cuando las leyes o reglamentos nacionales, los acuerdos

colectivos o los laudos arbitrales autoricen el pago parcial de los salarios en la forma de prestaciones en especie, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se asegurarán de que esas prestaciones sean adecuadas para el uso y beneficio personal de los trabajadores y sus familiares y de que el valor atribuido a esas prestaciones sea justo y razonable.

e) Al determinar la política salarial y las tasas de remuneración, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales velarán por la aplicación del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor y el principio de igualdad de oportunidades y trato respecto del empleo y la ocupación, tal como se establece en normas internacionales como son los Convenios sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (No. 111), y el Convenio de los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (No. 156).

9. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva protegiendo el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes y, con sujeción solamente a las normas de cada organización, a afiliarse a ellas, sin distinción, autorización previa o intervención alguna, para la protección de sus intereses laborales y otros fines de negociación colectiva, según se establece en la legislación nacional y en los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán la libertad de asociación de trabajadores y empleadores consagrada en el Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, 1948 (No. 87) y demás normas internacionales de derechos humanos. Respetarán el derecho de las organizaciones sindicales a desempeñar sus funciones con indepen-

dencia y sin injerencias, incluso con respecto al derecho de esas organizaciones de elaborar sus estatutos y reglamentos, elegir a sus representantes, organizar su administración y sus actividades y formular sus programas. Además, se abstendrán de discriminar contra los trabajadores por el hecho de ser miembros de un sindicato o por su participación en actividades sindicales, y se abstendrán de toda injerencia que restrinja esos derechos o impida su ejercicio legítimo. Velarán por que la existencia de representantes de los trabajadores no debilite la posición del sindicato establecido con arreglo a las normas internacionales, y por que los representantes de los trabajadores tengan derecho a concertar convenios colectivos sólo cuando no exista un sindicato de ese tipo en la empresa. Cuando proceda, en las circunstancias locales, las empresas multinacionales apoyarán a las organizaciones de empleadores representativas.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales reconocerán a las organizaciones sindicales a los efectos de la negociación colectiva en consonancia con lo dispuesto en el Convenio relativo al derecho de sindicación y a la negociación colectiva, 1949 (No. 98) y demás normas internacionales de derechos humanos. Respetarán el derecho de los trabajadores a la huelga, a presentar sus quejas, incluidas las relativas al cumplimiento de las presentes Normas, ante personas justas e imparciales que tengan autoridad para reparar cualquier agravio comprobado y a ser protegidos contra posible perjuicio por valerse de esos procedimientos, de conformidad con las normas del Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (No. 154).

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales permitirán a los representantes de sus trabajadores que celebren negociaciones sobre los términos y las condiciones de empleo con representantes de la administración que tengan facultad para adoptar decisiones sobre las cuestiones que son objeto de negociación. Además darán acceso a los trabajadores y a sus representantes a la información, los servicios y demás recursos, y asegurarán las comunicaciones internas con arreglo a las normas internacionales, como

el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (No. 135), y la Recomendación de la OIT sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967 (No. 129), que sean pertinentes y necesarias para que sus representantes celebren negociaciones con eficacia y sin perjuicio innecesario a los intereses legítimos de los empleadores.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales acatarán las disposiciones de los convenios colectivos que prevén el arreglo de controversias derivadas de su interpretación y aplicación, y también las decisiones de tribunales u otros mecanismos con facultades para determinar sobre esas cuestiones. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, junto con los representantes y las organizaciones sindicales, procurarán establecer mecanismos voluntarios de conciliación, adecuados a las condiciones nacionales, que podrán incluir disposiciones sobre el arbitraje voluntario, a fin de contribuir a la prevención y arreglo de los conflictos laborales entre empleadores y trabajadores.

e) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se ocuparán especialmente de proteger los derechos de los trabajadores frente a procedimientos vigentes en países que no apliquen en su totalidad las normas internacionales relativas a la libertad de asociación y el derecho a la sindicación y a la negociación colectiva.

E. Respeto de la soberanía nacional y de los derechos humanos

10. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán y respetarán las normas aplicables del derecho internacional, las leyes y reglamentos nacionales, así como las prácticas administrativas, el estado de derecho, el interés público, los objetivos de desarrollo, las políticas sociales, económicas y culturales, incluidas la transparencia, la responsabilidad y la prohibición de la corrupción, y la autoridad de los países en los que realizan sus actividades.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, dentro de los límites de sus recursos y capacidades, fomentarán el progreso social y el desarrollo mediante la ampliación de las oportunidades económicas, en particular en los países en desarrollo y, lo que es más importante, en los países menos adelantados.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán el derecho al desarrollo, en el que todos los pueblos tienen derecho a participar y a contribuir, y el derecho a disfrutar de un desarrollo económico, social, cultural y político, en el que se puedan ejercer plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y en el que se pueda lograr el desarrollo sostenible para poder proteger los derechos de las futuras generaciones.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán los derechos de las comunidades locales afectadas por sus actividades y los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas consagrados en las normas internacionales de derechos humanos, como el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169). Respetarán en particular los derechos de los pueblos indígenas y de comunidades análogas a poseer, ocupar, desarrollar, controlar, proteger y utilizar sus tierras, otros recursos naturales y sus bienes culturales e intelectuales. También respetarán el principio del consentimiento libre, previo y fundamentado de los pueblos y las comunidades indígenas a ser afectados por sus proyectos de desarrollo. Los pueblos y las comunidades indígenas no deben ser privados de sus propios medios de subsistencia ni serán expulsados de las tierras que ocupan de forma que no sea compatible con el Convenio 169. Además, evitarán poner en peligro la salud, el medio ambiente, la cultura y las instituciones de los pueblos y las comunidades indígenas en el contexto de sus proyectos, incluida la construcción de carreteras donde se encuentren pueblos y comunidades indígenas o cerca de ellos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales pondrán especial cuidado en situaciones en las que las tierras y los recursos indígenas, o los derechos a éstos, no hayan quedado suficientemente demarcados o definidos.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán, protegerán y aplicarán los derechos de propiedad intelectual de manera que contribuya a la promoción de las innovaciones tecnológicas y a la transferencia y difusión de la tecnología en beneficio mutuo de productores y usuarios de los conocimientos tecnológicos, de manera que propicie el bienestar social y económico, por ejemplo la protección de la salud pública, y el equilibrio entre derechos y deberes.

11. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no ofrecerán, prometerán, darán, aceptarán, condonarán, aprovecharán a sabiendas ni pedirán ningún soborno u otra ventaja indebida. Tampoco podrá pedírseles ni esperar que ofrezcan ningún soborno u otra ventaja indebida a ningún gobierno, funcionario público, candidato a un puesto electivo, miembro de las fuerzas armadas o de las fuerzas de seguridad, o cualquier otra persona u organización. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se abstendrán de realizar cualquier actividad que apoye, solicite o aliente a los Estados o a cualesquiera otras entidades a que violen los derechos humanos. Además procurarán que los bienes y servicios que prestan no se utilicen para violar los derechos humanos.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales aumentarán la transparencia de sus actividades en lo que respecta a los pagos efectuados a los gobiernos y a los funcionarios públicos; combatirán abiertamente el soborno, la extorsión y demás formas de corrupción y cooperarán con las autoridades estatales encargadas de la lucha contra la corrupción.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no recibirán pagos, reembolsos ni otros beneficios en la forma de recursos naturales sin la aprobación del gobierno reconocido del Estado de origen de esos recursos.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se asegurarán de que la información contenida en sus estados financie-

ros presente cabalmente en todos los aspectos materiales la situación financiera, los resultados de sus actividades y el flujo de efectivo en caja de la empresa.

12. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos y contribuirán a su realización, en particular los derechos al desarrollo, a una alimentación, una salud y una vivienda adecuadas, a la educación, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y a la libertad de opinión y expresión, y se abstendrán de todo acto que impida el ejercicio de esos derechos.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán normas que promuevan la disponibilidad, facilidad de acceso, admisibilidad y calidad del derecho a la salud, por ejemplo según se establece en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las normas pertinentes establecidas por la Organización Mundial de la Salud.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán las normas que promueven la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos y que, de otro modo, estén en consonancia con las normas internacionales como son el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General No. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada,

aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán además las normas que protegen el derecho al agua y que, de otro modo, estén en consonancia con la Observación General No. 15 sobre el derecho al agua, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán asimismo las normas que protegen el derecho a una vivienda adecuada y que, de otro modo, estén en consonancia con el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con la Observación General No. 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no practicarán el desalojo forzoso de sus hogares o de las tierras que ocupan de personas, familias o comunidades en contra su voluntad sin que hayan recurrido a formas apropiadas de protección jurídica o de otra índole, o hayan tenido acceso a ellas, como se establece en las normas internacionales de derechos humanos.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán las normas que protegen los demás derechos económicos, sociales y culturales y que, de otro modo, estén en consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones generales pertinentes aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prestando especial atención al Comentario de las disposiciones de aplicación de los apartados g) e i) del párrafo 16.

e) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán las normas que protegen los derechos civiles y políticos y que, de otro modo, estén en consonancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con las observaciones generales pertinentes aprobadas por el Comité de Derechos Humanos.

F. Obligaciones en materia de protección del consumidor

13. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales actuarán en consonancia con las prácticas mercantiles, comerciales y publicitarias leales y adoptarán cuantas medidas sean necesarias para garantizar la seguridad y calidad de los bienes y servicios que proporcionen, incluso observarán el principio de precaución. No producirán, distribuirán, comercializarán ni promocionarán productos dañinos o potencialmente dañinos para su uso por los consumidores.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales acatarán las normas internacionales pertinentes sobre prácticas comerciales relativas a la competencia y las cuestiones antimonopolísticas, como el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Una empresa transnacional u otra empresa comercial fomentará el desarrollo y mantenimiento de una competencia leal, transparente y abierta al no entrar en acuerdos con empresas competidoras para de manera directa o indirecta fijar precios, dividir territorios o crear posiciones monopolistas.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observarán las normas internacionales pertinentes para la protección de los consumidores, como son las Directrices para la Protección del Consumidor y las normas internacionales pertinentes para la promoción de productos específicos, como el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud, y los Criterios éticos para la promoción de medicamentos de la Organización Mundial de la Salud. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales velarán por que todos los reclamos de comercialización sean verificables por organismos independientes, satisfagan niveles de fiabilidad jurí-

dicamente razonables y pertinentes y no sean engañosos. Además, los niños no deberán ser destinatarios de la propaganda de productos potencialmente peligrosos.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales velarán por que todos los productos y servicios que produzcan, distribuyan o comercialicen puedan utilizarse para los fines anunciados, sean seguros para los usos deseados o razonablemente previstos, no pongan en peligro la vida ni la salud de los consumidores y sean objeto de vigilancia y ensayo periódicamente para garantizar que cumplan las presentes normas, en el contexto de la costumbre y el uso razonable. Acatarán las normas internacionales pertinentes para evitar variaciones en la calidad de los productos que redunden en perjuicio de los consumidores, sobre todo en Estados que carecen de reglamentos específicos sobre calidad de los productos. Además respetarán el principio de precaución al realizar, por ejemplo, evaluaciones preliminares del riesgo que puedan indicar efectos inadmisibles para la salud o el medio ambiente. Por otra parte, no se valdrán de la falta de certidumbre científica plena como pretexto para demorar la introducción de medidas eficaces en función de los costos destinadas a prevenir esos efectos.

d) Toda información suministrada por una empresa transnacional u otra empresa comercial respecto de la compra, la utilización, el contenido, la conservación, el almacenamiento y la eliminación de estos productos y servicios se proporcionará de manera clara, comprensible y muy a la vista y en el idioma oficialmente reconocido por el país donde se suministren esos productos o se presten esos servicios. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán, si procede, información relativa al reciclado, la reutilización o la eliminación correspondientes de sus productos y servicios.

e) En consonancia con el apartado e) del párrafo 15, cuando un producto sea potencialmente peligroso para el consumidor, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales revelarán toda la información correspondiente acerca del contenido y los posibles efectos peligrosos de sus productos colocando las etiquetas correspondientes, anunciándolo con exactitud y en detalle y valiéndose

de otros métodos adecuados. En particular, alertarán sobre la probabilidad de muerte o lesión grave en caso de defecto, empleo o utilización incorrecta. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán la información correspondiente sobre productos potencialmente peligrosos a las autoridades pertinentes. Esta información abarcará las características de los productos o servicios que puedan causar daños a la salud y la seguridad de los consumidores, trabajadores u otros usuarios, así como datos sobre restricciones, advertencias y otras medidas reglamentarias impuestas por diversos países en relación con estos productos o servicios a los efectos de proteger la salud y la seguridad.

G. Obligaciones en materia de protección del medio ambiente

14. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales realizarán sus actividades de conformidad con las leyes, los reglamentos, las prácticas administrativas y las políticas nacionales relativos a la conservación del medio ambiente de los países en que realicen sus actividades, así como de conformidad con los acuerdos, principios, objetivos, responsabilidades y normas internacionales pertinentes relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos, la salud pública y la seguridad, la bioética y el principio de precaución y, en general, realizarán sus actividades de forma que contribuyan al logro del objetivo más amplio del desarrollo sostenible.

Comentario

a) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán el derecho a un medio ambiente libre de contaminación y saludable habida cuenta de la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos; los intereses relacionados con la equidad intergeneracional; las normas internacionalmente reconocidas sobre el medio ambiente, por ejemplo en lo que respecta a la contami-

nación atmosférica, la contaminación del agua, el uso de la tierra, la diversidad biológica y los desechos peligrosos; y el objetivo más amplio del desarrollo sostenible, vale decir un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.

b) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales serán responsables de los efectos sobre el medio ambiente y la salud humana de todas sus actividades, incluido cualquier producto o servicio que introduzcan en el comercio, como el envasado, el transporte y los subproductos del proceso de fabricación.

c) En consonancia con el apartado i) del párrafo 16, en los procesos de adopción de decisiones y a intervalos periódicos (preferiblemente cada año o cada dos años), las empresas transnacionales y otras empresas comerciales evaluarán los efectos de sus actividades en el medio ambiente y la salud humana, incluso los efectos de sus decisiones sobre el emplazamiento de sus fábricas, las actividades de extracción de recursos naturales, la producción y venta de productos o servicios y la generación, el almacenamiento, el transporte y la evacuación de sustancias peligrosas y tóxicas. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales velarán por que el peso de las consecuencias negativas para el medio ambiente no recaiga en los grupos raciales, étnicos y socioeconómicos vulnerables.

d) En las evaluaciones se abordarán, entre otras cosas y en particular, los efectos de las actividades propuestas en ciertos grupos como los niños, los ancianos, los pueblos y las comunidades indígenas (en particular respecto de sus tierras y recursos naturales), y las mujeres, o todos ellos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales distribuirán esos informes oportunamente y de manera que sea accesible al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la OIT, otros organismos internacionales interesados, el gobierno del país donde exista cada filial de la empresa, el gobierno del país donde la empresa tiene su casa matriz y demás grupos afectados. El público en general deberá tener acceso a esos informes.

e) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán el principio de prevención, por ejemplo, previniendo o

paliando los efectos deletéreos detectados en cualquier evaluación. Respetarán también el principio de precaución al encargarse, por ejemplo, de la evaluación preliminar del riesgo que pueda indicar efectos inadmisibles para la salud o el medio ambiente. Además, no utilizarán la falta de certidumbre científica plena como pretexto para demorar la introducción de medidas eficaces en función de los costos destinadas a prevenir esos efectos.

f) Al tocar a su fin la vida útil de sus productos o servicios, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales asegurarán medios eficaces para recoger o disponer la recogida de los restos del producto o los servicios para su reciclado, reutilización o eliminación ambientalmente responsable.

g) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales adoptarán las medidas que correspondan a sus actividades para reducir el riesgo de accidentes y daños al medio ambiente mediante la aplicación de las mejores prácticas y tecnologías de gestión. En particular, utilizarán las mejores prácticas de gestión y las tecnologías más apropiadas y facilitarán el cumplimiento de los objetivos en materia de medio ambiente de las entidades que las integran mediante el intercambio de tecnología, conocimientos y asistencia, así como por medio de los sistemas de ordenación del medio ambiente, la presentación de informes sobre sostenibilidad y la notificación de emisiones previstas o reales de sustancias peligrosas y tóxicas. Además, educarán y formarán a los trabajadores para asegurar que cumplan estos objetivos.

H. Disposiciones generales sobre la aplicación

15. Como primera medida para la aplicación de estas Normas, cada empresa transnacional u otra empresa comercial aprobará, difundirá y aplicará normas de funcionamiento interno acordes con las presentes Normas. Además, periódicamente adoptará medidas para aplicar plenamente las Normas y garantizar al menos la pronta aplicación de las protecciones que en ellas se establecen, e informará al respecto. Cada empresa transnacional u otra empresa comercial aplicará e in-

corporará las presentes Normas en sus contratos u otros acuerdos y tratos con contratistas, subcontratistas, proveedores, licenciatarios, distribuidores, personas naturales u otras personas jurídicas que concierten acuerdos con la empresa transnacional o comercial a fin de velar por que se respeten y apliquen estas Normas.

Comentario

a) Cada empresa transnacional u otra empresa comercial difundirá sus normas de funcionamiento interno o las medidas análogas, así como sus métodos de ejecución, y los pondrá a disposición de todas las partes interesadas pertinentes. Las normas de funcionamiento interno o las medidas análogas se comunicarán verbalmente y por escrito en el idioma de los trabajadores, los sindicatos, los contratistas, los subcontratistas, los proveedores, los licenciatarios, los distribuidores, las personas naturales u otras personas jurídicas que suscriban contratos con la empresa transnacional u otra empresa comercial, los clientes y otras partes interesadas en la empresa transnacional u otra empresa comercial.

b) Tan pronto se hayan aprobado y difundido las normas de funcionamiento interno o las medidas análogas, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, dentro de los límites de sus recursos y sus capacidades, proporcionarán una formación eficaz a sus administradores, así como a los trabajadores y a sus representantes, en prácticas que tengan que ver con las Normas.

c) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se cerciorarán de hacer tratos (incluso sus compras y ventas) sólo con contratistas, subcontratistas, proveedores, licenciatarios, distribuidores y personas naturales u otras personas jurídicas que apliquen las presentes Normas u otras básicamente análogas. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que se valgan de sus relaciones de negocios con contratistas, subcontratistas, proveedores, licenciatarios, distribuidores o personas naturales u otras personas jurídicas que no cumplan las presentes Normas, o que consideren la posibilidad de mantener ese tipo de relaciones con ellos, de entra-

da tendrán que colaborar con ellos para que introduzcan reformas o reduzcan el número de violaciones, pero si no cambiaran, la empresa suspenderá sus tratos con ellos.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales aumentarán la transparencia de sus actividades revelando información oportuna, pertinente, habitual y fiable respecto de sus actividades, su estructura, su situación y sus resultados económicos. También darán a conocer la ubicación de sus oficinas, filiales y centros fabriles, para facilitar las medidas que garanticen que sus productos y servicios cumplen las condiciones establecidas en las presentes Normas.

e) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales informarán oportunamente a todo el que pueda verse afectado por condiciones causadas por las empresas que pudieran poner en peligro su salud, su seguridad o el medio ambiente.

f) Cada empresa transnacional u otra empresa comercial pondrá empeño en mejorar constantemente la aplicación ulterior de las presentes Normas.

16. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales serán objeto de una vigilancia y verificación periódicas por mecanismos nacionales y otros mecanismos internacionales y de las Naciones Unidas que ya existan o estén por crearse, en lo que respecta a la aplicación de estas Normas. Esa vigilancia será transparente e independiente y tendrá en cuenta la información que proporcionen las partes interesadas (incluidas las ONG) y la información proveniente de denuncias de violaciones de las presentes Normas. Además, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales realizarán evaluaciones periódicas de los efectos de sus propias actividades en los derechos humanos a la luz de las presentes Normas.

Comentario

a) Las presentes Normas se supervisarán y aplicarán mediante la ampliación e interpretación de las normas intergubernamentales,

regionales, nacionales y locales relativas a la conducta de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

b) Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados supervisarán la aplicación de las presentes Normas incorporando nuevos requisitos de presentación de informes de los Estados y aprobando observaciones generales y recomendaciones en las que se interpreten las obligaciones contraídas en virtud de tratados. Las Naciones Unidas y los organismos especializados supervisarán también la aplicación utilizando las Normas para determinar todo lo relacionado con las adquisiciones de productos y servicios y con cuáles empresas transnacionales y otras empresas comerciales establecerán su colaboración en la materia. Los relatores de países y los procedimientos temáticos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas supervisarán la aplicación utilizando las Normas y demás normas internacionales pertinentes para plantear inquietudes acerca de medidas adoptadas por las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el marco de sus respectivos mandatos. La Comisión de Derechos Humanos examinará la posibilidad de designar un grupo de expertos, un relator especial o un grupo de trabajo de la Comisión encargado de recibir información y adoptar medidas eficaces cuando las empresas incumplan las Normas. La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y su grupo de trabajo pertinente supervisarán asimismo el cumplimiento de las presentes Normas y elaborarán las prácticas óptimas a partir de la información recibida de las organizaciones no gubernamentales, los sindicatos, los particulares y demás interesados y dando a las empresas transnacionales y a otras empresas comerciales la oportunidad de responder. Además, se invita a la Subcomisión, a su grupo de trabajo y a los demás organismos de las Naciones Unidas a que instituyan nuevas técnicas para aplicar y supervisar las presentes Normas, así como otros mecanismos eficaces, y para asegurar que las organizaciones no gubernamentales, los sindicatos, los particulares y otros interesados tengan acceso.

c) Se alienta a los sindicatos a que utilicen las Normas como base para la negociación de acuerdos con las empresas transna-

cionales y otras empresas comerciales y para vigilar el cumplimiento por parte de esas entidades. Se alienta también a las ONG a que utilicen las Normas para saber a qué atenerse en cuanto a la conducta de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales y a la vigilancia de su cumplimiento. Además, se podría llevar a cabo esa vigilancia utilizando las Normas para establecer parámetros de referencia en cuanto a las actitudes éticas respecto de las inversiones y otros parámetros del cumplimiento. Los grupos industriales supervisarán también estas Normas.

d) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales velarán por que el proceso de supervisión sea transparente, por ejemplo, dando a conocer a las partes interesadas pertinentes los lugares de trabajo observados, las medidas correctivas adoptadas y otros resultados de la supervisión. Además, se cerciorarán de que el propósito de la supervisión sea obtener e incorporar información recibida de las partes interesadas pertinentes. Asimismo, velarán por que, en la medida de lo posible, los contratistas, subcontratistas, proveedores, licenciatarios, distribuidores y cualquier otra persona natural o jurídica con los que hayan concertado acuerdos, participen en esa supervisión.

e) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales crearán mecanismos legítimos y confidenciales para que los trabajadores puedan presentar sus denuncias de violación de las presentes Normas. Hasta donde sea posible, darán a conocer al demandante cualesquiera medidas que se hayan adoptado como resultado de la investigación. Además, no impondrán disciplina a los trabajadores u otras personas que interpongan denuncias o afirmen que la empresa incumple las presentes Normas, ni adoptarán ninguna otra medida contra ellos.

f) Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que reciban denuncias de violaciones de las presentes Normas registrarán todas y cada una de las denuncias y harán que se investigue de manera independiente o pedirán a las autoridades correspondientes que lo hagan. Supervisarán activamente el estado de las investi-

gaciones, ejercerán presión para que se logre la total solución y adoptarán medidas para prevenir que vuelva a ocurrir.

g) Cada empresa transnacional u otra empresa comercial hará una evaluación anual o periódica de su cumplimiento de las Normas, teniendo en cuenta las observaciones de las partes interesadas. En particular, celebrará consultas con los pueblos y las comunidades indígenas y fomentará su participación para determinar cuál es la mejor manera de respetar sus derechos. Los resultados de la evaluación se darán a conocer a las partes interesadas del mismo modo que la memoria anual de la empresa transnacional u otra empresa comercial.

h) En las evaluaciones en que se ponga de manifiesto un cumplimiento insuficiente de las Normas se incluirán también planes de acción o métodos de reparación o compensación que la empresa transnacional u otra empresa comercial pondrá en marcha para cumplir las Normas. Véase también el párrafo 18.

i) Antes de que una empresa transnacional u otra empresa comercial ponga en marcha una actividad o un proyecto de envergadura, estudiará, dentro de los límites de sus recursos y capacidades, los efectos de ese proyecto en los derechos humanos teniendo en cuenta las presentes Normas. En el informe sobre los efectos se incluirá una descripción de la medida prevista, la necesidad de adoptarla, los beneficios previstos, un análisis de cualquier efecto que tenga esa medida en los derechos humanos, un análisis de otras medidas admisibles y la determinación de los medios para reducir cualesquiera consecuencias negativas para los derechos humanos. Una empresa transnacional u otra empresa comercial dará a conocer los resultados de ese estudio a las partes interesadas pertinentes y tomará en consideración cualesquiera reacciones de las partes interesadas.

17. Los Estados establecerán y reforzarán el marco jurídico y administrativo necesario para asegurar que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales apliquen estas Normas y los demás instrumentos nacionales e internacionales pertinentes.

Comentario

Los gobiernos aplicarán y supervisarán la utilización de las presentes Normas, por ejemplo, difundiéndolas ampliamente y utilizándolas como modelo de legislación o de disposiciones administrativas en relación con las actividades de cada empresa que haga negocios en su país, incluso por medio de inspecciones del trabajo, mediadores, comisiones nacionales de derechos humanos u otros mecanismos nacionales de derechos humanos.

18. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales proporcionarán una compensación rápida, eficaz y adecuada a las personas, entidades y comunidades que hayan sido perjudicadas por el incumplimiento de las presentes Normas mediante, entre otras cosas, la indemnización, la restitución, la retribución y la rehabilitación por todo daño producido o todo bien tomado. Respecto de la determinación de los daños, con respecto a las sanciones penales, y en todos los demás aspectos, los tribunales nacionales o internacionales aplicarán las presentes Normas con arreglo al derecho nacional e internacional.

19. Nada de lo dispuesto en las presentes Normas se interpretará en el sentido de que disminuya, restrinja o menoscabe las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos humanos en virtud de la legislación nacional y del derecho internacional, ni de que disminuya, restrinja o menoscabe normas que sean más protectoras de los derechos humanos, ni se interpretará en el sentido de que disminuya, restrinja o menoscabe otras obligaciones o responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en esferas distintas de la de los derechos humanos.

Comentario

a) El propósito de esta cláusula de salvedad es asegurar que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales observen una conducta que proteja al máximo los derechos humanos, ya sea que

se estipulen en las presentes Normas o en otros instrumentos pertinentes. Si se reconocieran o surgieran normas más protectoras en el derecho internacional o la legislación nacional o en las prácticas industriales o comerciales, se aplicarán esas normas más protectoras. La presente cláusula de salvedad remeda cláusulas análogas que figuran en instrumentos como la Convención de los Derechos del Niño (art. 41). Esta disposición y las referencias análogas que se hacen en las Normas al derecho internacional y a la legislación nacional se basan también en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 27), en el sentido de que el Estado no puede invocar las disposiciones de su legislación interna como justificación para incumplir un tratado, las Normas o cualesquiera otras normas de derecho internacional.

b) Se alienta a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales a expresar su propio compromiso de respetar y hacer que se respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos, prevenir su violación y promoverlos adoptando normas de funcionamiento interno propias basadas en los derechos humanos, que faciliten más la promoción y protección de los derechos humanos que las contenidas en las present°es Normas.

I. Definiciones

20. Por "empresa transnacional" se entiende una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente.

21. Por "otra empresa comercial" se entiende cualquier entidad comercial, sea cual sea el ámbito internacional o nacional de sus actividades, incluso si se trata de una empresa contratista, subcontratista, proveedor, licenciatario o distribuidor transnacional; la forma de asociarse o integrarse o cualquier otra forma jurídica utilizada

para constituir esa entidad comercial; y el tipo de derecho de propiedad de la entidad. A los efectos prácticos, se presumirá la aplicabilidad de las presentes Normas si la empresa comercial tuviera algún tipo de relación con una empresa transnacional, si los efectos de sus actividades no fueran totalmente locales ni las actividades supusieran violación alguna del derecho a la seguridad a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4.

22. Por "parte interesada" se entiende los accionistas, otros propietarios, los trabajadores y sus representantes, así como cualquier otra persona o grupo que resulte afectado por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales. El término "parte interesada" debe interpretarse funcionalmente a la luz de los objetivos de las presentes Normas y debe incluir a las partes interesadas indirectamente cuando sus intereses resulten sustancialmente afectados, en el presente o en el futuro, por las actividades de la empresa transnacional o comercial. Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas comerciales, podrán ser partes interesadas aquellas partes que resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos, las comunidades vecinas, los pueblos y las comunidades indígenas, las ONG, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás.

23. Por "derechos humanos" y "derechos humanos internacionales" se entiende los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en los demás tratados de derechos humanos, así como el derecho al desarrollo y los derechos reconocidos en el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados, el derecho internacional del trabajo y demás instrumentos pertinentes aprobados en el marco del sistema de las Naciones Unidas.

Derecho a la vida

Comité de Derechos Humanos
Comunicación 778 de 1997
Dictamen aprobado el 29 de octubre de 2002

Presentada por: José Antonio Coronel et al. (representados por el letrado señor Federico Andreu Guzmán).

Presuntas víctimas: Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Villegas Téllez y Ernesto Ascanio Ascanio.

Estado Parte: Colombia.

Fecha de la comunicación: 29 de septiembre de 1996 (presentación inicial).

El Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 24 de octubre de 2002,

Habiendo concluido su examen de la comunicación 778 de1997, presentada al Comité de Derechos Humanos por el Sr. José Antonio Coronel et al. en nombre de sus siete familiares: Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Villegas Téllez y Ernesto Ascanio Ascanio con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le presentaron por escrito los autores de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente: Dictamen emitido con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. Los seis autores de la comunicación son José Antonio Coronel, José de la Cruz Sánchez, Lucenid Villegas, José del Carmen Sánchez, Jesús Aurelio Quintero y Nidia Linores Ascanio Ascanio quienes la presentan en nombre de sus siete familiares fallecidos, Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Villegas Téllez y Luis Ernesto Ascanio Ascanio, todos ellos ciudadanos colombianos muertos en enero de 1993.[1] Los autores de la comunicación declaran que sus familiares fueron víctimas de violaciones por Colombia del párrafo 3 del artículo 2, del párrafo 1 del artículo 6, y de los artículos 7, 9 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los autores están representados por abogado.

Los hechos expuestos por los autores

2.1. Entre las fechas de 12 y 14 de enero de 1993, efectivos del Batallón de Contraguerrilla N° 17 "Motilones", adscritos a la Brigada Móvil N° 2 del Ejército Nacional de Colombia realizaron un operativo militar en el corregimiento de San José del Tarra, municipio de Hacari, departamento de Norte Santander, y desplegaron una operación de rastrillo en la región, incursionando en varias veredas y pueblos vecinos. Durante estos operativos, los militares allanaron varias casas y detuvieron, entre otros, a Ramón Villegas Téllez, Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero y Luis Honorio Quintero Ropero. Tanto los allanamientos como las detenciones fueron realizados de modo ilegal, ya que los militares no disponían de manda-

---

[1] La relación de los autores con las víctimas es la siguiente: José Antonio Coronel, padre de Gustavo Coronel Navarro; José de la Cruz Sánchez, padre de Nahún Elías Sánchez Vega; Lucenid Villegas, hermana de Ramón Villegas Téllez; José del Carmen Sánchez, padre de Ramón Emilio Sánchez; Jesús Aurelio Quintero, padre de Ramón Emilio y Luis Honorio Quintero Ropero; Nidia Linores Ascanio Ascanio, hermana de Luis Ernesto Ascanio Ascanio.

mientos judiciales para llevar a cabo los registros ni las detenciones, según prescribe la Ley de procedimiento penal colombiana.

2.2. Ramón Villegas Téllez, Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, y otros, fueron torturados por los militares y varios de ellos obligados a vestir prendas militares y a patrullar con los miembros del Batallón de Contraguerrilla Nº 17 "Motilones". Todos ellos fueron desaparecidos entre el 13 y el 14 de enero de 1993.

2.3. El 26 de enero de 1993, Luis Ernesto Ascanio Ascanio, de 16 años de edad, desapareció cuando se dirigía a su casa, interceptado por militares que días antes habían allanado la vivienda de la familia Ascanio Ascanio, maltratando y vejando a los miembros de la familia, entre los que se encontraban seis menores y un joven de 22 años, deficiente mental, al cual trataron de ahorcar. Los militares permanecieron en la vivienda hasta el 31 de enero reteniendo a sus moradores como rehenes. Luis Ernesto Ascanio Ascanio fue visto por última vez a unos 15 minutos de la casa familiar. Ese mismo día, miembros de la familia Ascanio oyeron gritos y disparos de arma de fuego provenientes del exterior de la vivienda. El día 27 de enero, dos de los hermanos de Luis Ernesto Ascanio Ascanio lograron burlar la custodia militar y huir hacia Ocaña, donde avisaron a las autoridades locales y presentaron una denuncia ante la Procuraduría Provincial. Tras la retirada de la patrulla militar comenzó la búsqueda de Luis Ernesto Ascanio Ascanio saldándose con el hallazgo de una machetilla suya a unos 300 metros de la vivienda.

2.4. La Brigada Móvil Nº 2 informó de varios supuestos enfrentamientos armados con guerrilleros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el primero el 13 de enero de 1993, el segundo el 18 de enero de 1993 y dos incidentes el día 27 de enero de 1993. La versión dada por las autoridades militares fue que durante los enfrentamientos, las tropas regulares habrían dado muerte a varios guerrilleros. Tres cadáveres fueron levantados el día 13 de enero de 1993 por la policía judicial de Ocaña (Sijin), uno de los cuales fue identificado como Gustavo Coronel Navarro. El día

18 de enero, los militares dejaron en el hospital los cuerpos sin vida de cuatro supuestos guerrilleros "muertos en combate". La Sijin realizó el levantamiento de estos cadáveres, estableciéndose los fallecimientos de Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Emilio Quintero Ropero, Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez. El día 29 de enero de 1993 la Brigada Móvil Nº 2 entregó otros cuatro nuevos cadáveres, resultado de los supuestos enfrentamientos del día 27 de enero de 1993, y nuevamente la Sijin realizó el levantamiento de los mismos. El 21 de mayo de 1993, en el cementerio de Ocaña se practicó la exhumación de los cadáveres de los cuatro últimos muertos, reconociéndose, entre ellos, el cadáver de Luis Ernesto Ascanio Ascanio por familiares de éste. El informe forense contenía que uno de los cadáveres entregados en el hospital el 18 de enero presentaba varios orificios de proyectil de arma de fuego con presencia de quemaduras de pólvora. Asimismo, en las actas de levantamiento de los cadáveres, de 21 de mayo de 1993, los agentes de la Sijin afirmaron que los cadáveres estaban vestidos con uniformes de uso privativo de la Policía Nacional.

2.5. Los familiares de las víctimas, así como las ONG que les asisten, pusieron los hechos en conocimiento de las autoridades judiciales penales, contencioso administrativas, disciplinarias y administrativas, tanto locales, provinciales como nacionales. Entre los días 15 de enero y 1º de febrero de 1993, los familiares denunciaron la desaparición de los miembros de sus respectivas familias ante la Procuraduría Provincial de Ocaña. Asimismo, presentaron una denuncia contra la Brigada Móvil Nº 2 ante la misma Procuraduría, por abuso de poder y llevaron a cabo varias gestiones ante la Procuraduría Provincial de Ocaña, la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía Regional de Cúcuta. El alcalde de Hacari, mediante oficio solicitó al comandante de la Brigada que investigara los hechos y que ordenara la puesta en libertad de los campesinos. El alcalde del municipio de La Playa elevó denuncias ante las autoridades competentes por los hechos ocurridos en su municipio, perpetrados por la Brigada Móvil Nº 2: violencia contra la familia Ascanio Ascanio y la desaparición de Luis

Ernesto Ascanio Ascanio. Los miembros de las familias Ascanio, Sánchez y Quintero fueron objeto de múltiples hostigamientos tras los hechos denunciados, por lo que se vieron obligados a abandonar la región y a desplazarse por diversos lugares del territorio nacional colombiano.

2.6. El 15 de julio de 1993, tras haber recibido información de los familiares, el personero municipal de Hacari encargado del caso presentó un informe en el cual concluyó que no le era posible "individualizar" a los autores del secuestro de Gustavo Coronel Navarro y Ramón Villegas Téllez, pero que sí podía determinar que eran miembros de la Brigada Móvil Nº 2.

2.7. Sólo la familia de Luis Ernesto Ascanio Ascanio presentó personalmente la correspondiente denuncia ante la Fiscalía Seccional de Ocaña en febrero de 1993. Los hechos relativos a las demás víctimas fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía por una de las ONG debido al temor que sentían las demás familias para acudir a las oficinas judiciales de Ocaña. Las diligencias preliminares fueron acumuladas en el expediente Nº 4239 y trasladadas por competencia a la jurisdicción militar en abril de 1995. Desde el 30 de agosto de 1995, los familiares trataron varias veces que la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación asumiera los procesos penales, siendo esta solicitud rechazada, alegando que el asunto correspondía a la jurisdicción militar.

2.8. La jurisdicción penal militar inició varias indagaciones preliminares por los hechos descritos. El Juez 47 de Instrucción Penal Militar adscrito a la Brigada Móvil Nº 2 abrió las indagaciones preliminares Nos. 27, 30 y 28[2] acumuladas en el expediente Nº 979, calificando los hechos en todo momento como de "muerte en combate".

2.9. El 3 de julio de 1996 estando la Brigada Móvil Nº 2 en la ciudad de Fusagasugá (Cundinamarca), la familia de Luis Ernesto Ascanio Ascanio consiguió presentar la demanda para constituirse

---

[2] Iniciadas respectivamente el 25 de enero, 2 de febrero y 10 de febrero de 1993.

en parte civil. Hasta la fecha de la comunicación inicial, no se les había notificado ninguna decisión judicial al respecto.[3]

2.10. Los autores señalan que la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación abrió el expediente Nº 2291-93/DH por los hechos, tras las quejas presentadas por los familiares ante la Procuraduría Provincial de Ocaña, designándose a varios funcionarios de la Procuraduría para llevar a cabo la investigación. El 22 de febrero de 1993, un informe preliminar de los funcionarios de la Procuraduría a cargo de la investigación señaló las contradicciones existentes entre las versiones de los familiares y las de los militares, así como las trabas y dificultades para desarrollar su labor que les había puesto el titular del Juzgado Nº 47 de Instrucción Penal Militar. Sugirieron que se practicaran nuevas pruebas y que se iniciara una averiguación disciplinaria contra el juez 47 de Instrucción Penal Militar.

2.11. El director de la Oficina de Investigaciones Especiales ordenó una nueva investigación, incluyendo una orden para llevar a cabo una investigación respecto de la conducta del juez 47 de Instrucción Penal Militar. Los funcionarios investigadores rindieron varios informes al director, uno de los cuales establecía, con relación a Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Emilio Ropero Quintero, Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Emilio Sánchez, que: "la autoría material está plenamente demostrada en cabeza de la Contraguerrilla C del Batallón 17 Motilones de la Brigada Móvil Nº 2 al mando del Capitán Serna Arbeláez Mauricio".

2.12. El 29 de junio de 1994, en su informe final, los funcionarios comisionados para la investigación establecieron que estaba plenamente probado que los campesinos fueron detenidos por efectivos del Batallón de Contraguerrilla Nº 17 "Motilones" de la Brigada Móvil Nº 2, en la ocasión de un operativo militar realizado en cumplimiento de la orden fragmentaria Nº 10 del comandante de dicha unidad castrense; que los campesinos fueron vistos por última vez con vida

---

[3] Igualmente, hasta la fecha de hoy, no se tiene constancia de que se les haya notificado ninguna decisión judicial.

cuando estaban en poder de los militares apareciendo muertos posteriormente en dos supuestos enfrentamientos con tropas militares. Asimismo, constataron que el menor de edad Luis Ernesto Ascanio Ascanio fue visto por última vez con vida a unos 15 minutos a pie de su casa cuando se dirigía a ésta y que el joven apareció muerto tras otro supuesto enfrentamiento con tropas militares. Los funcionarios investigadores identificaron a los comandantes, oficiales, suboficiales y soldados que integraron las patrullas que capturaron a los campesinos y ocuparon la vivienda de la familia Ascanio. El informe concluyó que "[...] con base en las pruebas alegadas se encontraría desvirtuada la verificación de combates en los que pudieran haber intervenido las víctimas toda vez que éstas ya se encontraban detenidas por tropas del Ejército Nacional, en forma por demás irregular; algunas de ellas presentan tatuajes lo que hace aún más evidente la condición de indefensión en la que se encontraban[...]". El informe recomendaba que las diligencias fueran trasladadas a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares.

2.13. El 25 de octubre de 1994, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares dio traslado del expediente por razones de competencia a la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos. En el auto de traslado se establece que "se ha logrado evidenciar... el completo estado de indefensión de las víctimas[...], la corta distancia a la que recibieron los impactos con que fueron dados de baja y la detención previa a su deceso, lo que además de otros medios probatorios desvirtúa la existencia del presunto combate que se pretende establecer como circunstancia modal de las muertes registradas".

2.14. El 28 de noviembre de 1994, la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos abrió el expediente disciplinario Nº 008-153713 e inició diligencias preliminares. El 26 de abril de 1996, informó a una de las ONG que la actuación aún se encontraba en indagación preliminar.

2.15. El 13 de enero de 1995, las familias de las víctimas interpusieron una demanda contra el Estado Parte ante la jurisdicción contencioso administrativa por las muertes de Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Emilio Quintero Ropero, Ramón Emilio Sánchez,

Luis Ernesto Ascanio Ascanio, Nahún Elías Sánchez Vega y Ramón Villegas Téllez; las demandas fueron admitidas a trámite entre el 31 de enero y el 24 de febrero de 1995.

La denuncia

3.1. Los autores afirman que los hechos expuestos constituyen una violación por Colombia del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al haber sido privados de la vida arbitrariamente las siete víctimas.

3.2. Los autores alegan una violación del artículo 7 del Pacto por la tortura padecida por las víctimas, tras ser detenidos arbitrariamente y antes de ser asesinados.

3.3. Los autores sostienen que la detención de las víctimas por parte de las fuerzas militares sin ninguna clase de orden de arresto constituye una violación del artículo 9 del Pacto.

3.4. Los autores alegan asimismo una violación del artículo 17 del Pacto por cuanto que, al ser aprehendidos en sus domicilios familiares, su derecho a la intimidad y a la no injerencia en su vida familiar fueron violentados.

3.5. Los autores alegan una violación del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que el Estado Parte no proporciona un recurso efectivo en los casos en los que incumple su obligación de garantizar los derechos protegidos en el Pacto.

3.6. Los autores argumentan que ante la naturaleza de los derechos conculcados, así como la gravedad de los hechos, sólo se pueden considerar como recursos efectivos aquellos de naturaleza judicial, no así los de naturaleza disciplinaria, siguiendo la jurisprudencia del Comité al respecto.[4] Del mismo modo, los autores consideran que los tribunales castrenses no pueden ser considerados como

---

[4] Véanse las decisiones adoptadas en los casos Nº 563/1993 (Nydia Bautista de Arellana c. Colombia), el 27 de octubre de 1995, párr. 8.2, y Nº 612/1995 (Arhuacos c. Colombia), el 29 de julio de 1997, párr. 8.2.

un recurso efectivo en consonancia con lo exigido por el párrafo 3 del artículo 2, ya que en la justicia castrense los implicados son juez y parte. Así, se da la incongruencia de que el juez de Primera Instancia de lo Penal Militar es el comandante de la Brigada Móvil Nº 2, quien es a su vez el responsable del operativo militar que dio lugar a los hechos que se denuncian.

Observaciones del Estado Parte relativas a la admisibilidad

4.1. En sus comunicaciones de 11 de febrero y 9 de junio de 1998, el Estado Parte solicita la declaración de inadmisibilidad de la denuncia en vista de que los recursos previstos en la jurisdicción interna no han sido agotados, tal como exige el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4.2. El Estado Parte mantiene que la interposición de acciones y la presentación de denuncias ante las autoridades de investigación, control y juzgamiento del Estado, que se señala en la comunicación de los autores al referirse al agotamiento de los recursos internos, constituye el fundamento para la iniciación de los respectivos procesos, pero no determina per se el agotamiento de dichos recursos.

4.3. Asimismo, el Estado Parte informa que varios procesos se encuentran en curso, por lo que se puede concluir que los recursos de la jurisdicción interna no se han agotado. Los procesos en curso que se mencionan son los siguientes:

- En materia penal existe un proceso en etapa de instrucción adelantada por el Juzgado Nº 47 de Instrucción Penal Militar. El recurso penal avanza en una de las etapas más importantes, la de instrucción, en la cual se han adelantado diversas actuaciones tales como declaraciones, reconocimiento fotográfico, exhumaciones, visitas especiales al lugar de los hechos y demás sitios circunvecinos.
- El gobierno nacional ha solicitado a la Procuraduría General de la Nación, a la luz de la sentencia C-358 de la Corte Cons-

titucional, evaluar la posibilidad de trasladar el proceso penal a la justicia ordinaria.

- En materia disciplinaria, la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos abrió el expediente disciplinario Nº 008-153713, con el fin de investigar disciplinariamente a los militares supuestamente implicados.
- En materia contencioso administrativa (véase en este sentido el párrafo 2.15), se han intentado acciones de reparación directa, las cuales están en trámite ante la justicia contencioso administrativa, cuyo propósito es obtener por parte del Estado una indemnización por perjuicios que éste pudiere haber causado a un particular en ejercicio de su gestión a través de alguno de sus agentes, lo cual puede conducir a una declaración de la responsabilidad institucional del Estado por los hechos denunciados.

4.4. Según el Estado Parte, los autores de la comunicación aducen que "las familias y ONG recurrieron a todas las instancias posibles y agotaron todas las vías jurídicas a su alcance" pero no explican de qué manera esas instancias a las cuales acudieron están adelantando su función. Los propios autores se refieren a "la gran información recaudada por las autoridades investigadoras", lo cual confirma el planteamiento del gobierno de que la rama jurisdiccional del Estado ha trabajado en el caso y continúa con su labor.

4.5. El gobierno no comparte la idea de los autores de que "el caso está sumido en la más honda impunidad". Los recursos en sí no pueden ser calificados como ineficaces, ni puede generalizarse su presunta ineficacia sobre la base de dificultades que se presentan tanto a las autoridades como a los familiares de las víctimas en el ejercicio de los mismos. Así, la hermana de una de las víctimas presentó ante la Dirección Nacional de Fiscalías una solicitud para que se diera una colisión de competencias para que el proceso pasara de la justicia penal militar a la justicia ordinaria. Esta actuación no pudo ser atendida y se rechazó la solicitud, simplemente porque ella se dirigió a una autoridad administrativa –no judicial– a la que no co-

rresponde atender ese tipo de solicitud. Debe quedar claro que esto no significa denegación y que las dificultades y demoras en el manejo de los recursos no pueden ser interpretados como "impunidad" por parte del Estado.

Comentarios de los autores con respecto a la admisibilidad

5.1. En sus comunicaciones de 30 de marzo y 19 de octubre de 1998, los autores sostienen que no basta la mera existencia formal de una vía procesal para enmendar quebrantamientos al régimen de derechos humanos, sino que se requiere que tales recursos sean idóneos en orden a proteger el derecho conculcado o, en su defecto, a reparar el daño causado. Asimismo no mencionan que, según el Comité de Derechos Humanos, tratándose de delitos particularmente graves, sólo recursos internos de naturaleza judicial penal pueden ser entendidos como recursos efectivos en términos del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.[5] Igualmente señalan que según el Comité, los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse suficientes y efectivos.

5.2. Con relación al procedimiento disciplinario, los autores sostienen que éste es un mecanismo de autocontrol de la función pública y busca asegurar que ésta sea rectamente desempeñada.

5.3. Según los autores, el proceso contencioso administrativo sólo versa sobre un aspecto del derecho a la reparación: el daño emergente y el lucro cesante que la víctima ha sufrido a causa de la exacción de un agente del Estado o la falla del servicio público. Otros aspectos del derecho a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, como el derecho a una protección de la familia de la víctima,[6] no quedan amparados por las decisiones de los tribunales administrativos o del Consejo de Estado. Desde ese punto de vista, la jurisdicción contencioso administrativa no garantiza el derecho a la reparación en su total dimensión.

---

[5] Véase nota 4 a pie de página.

[6] CCPR/C/D/563/1993, párr. 10.

5.4. Con relación al argumento del Estado Parte de que el gobierno nacional ha solicitado a la Procuraduría General de la Nación, a la luz de la sentencia C-358 de la Corte Constitucional, evaluar la posibilidad de trasladar el proceso penal militar a la justicia ordinaria, los autores consideran que:

- La posibilidad de que el proceso penal adelantado por las autoridades castrenses sea trasladado a la jurisdicción ordinaria no es un hecho cierto sino una eventualidad. En situaciones similares los tribunales militares se han negado a acatar la decisión de la Corte Constitucional.
- Pese a existir la sentencia 358/97 de la Corte Constitucional, por medio de la cual se declararon inconstitucionales varios artículos del Código de Justicia Penal Militar, la norma constitucional que regula el fuero militar sigue vigente y su ambigua redacción permite que violaciones de derechos humanos cometidas por miembros del ejército sean de competencia de los tribunales castrenses.
- La familia Ascanio Ascanio formuló tal pedido de traslado a la jurisdicción ordinaria, en consideración a la sentencia 358/97 de la Corte Constitucional, obteniendo respuesta negativa por parte de la Fiscalía General de la Nación.
- Fue la propia Fiscalía General de la Nación, sin ninguna explicación jurídicamente válida, quien decidió trasladar al fuero militar las diligencias preliminares tramitadas en este caso.

5.5. Con relación al argumento del Estado Parte de que las instancias a las que acudieron los familiares de las víctimas han "adelantado su función", los autores establecen que esta afirmación es ajena a la verdad toda vez que en las comunicaciones enviadas se ha identificado cada una de las instancias estatales a las que se ha recurrido y se ha señalado el estado de las actuaciones que éstas han tramitado.

5.6. El proceso penal permanece en la jurisdicción penal militar sin que los familiares de las víctimas hayan podido constituirse en

parte civil. El 27 de febrero de 1998, la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, de la Procuraduría General de la Nación, ordenó el archivo definitivo de la averiguación disciplinaria tramitada contra algunos de los autores de los hechos del caso. La decisión de la Procuraduría se fundamentó en que uno de los oficiales implicados había muerto y que, con respecto de los demás, la acción disciplinaria se hallaba prescrita al tenor de la Ley Nº 200 de 1995, artículo 34, que estipula un plazo de cinco años para la prescripción en materia disciplinaria.

5.7. Por último, los autores reiteran que el único recurso interno idóneo es el proceso penal que en este caso se encuentra en trámite ante la jurisdicción penal militar. A raíz de la doctrina del Comité y otros órganos de protección internacional de derechos humanos, en Colombia los tribunales militares no pueden ser considerados como recurso efectivo en materia de violaciones de derechos humanos cometidas por miembros del ejército. Aun cuando se considerara el proceso penal militar un recurso idóneo, han pasado más de cinco años desde que la jurisdicción penal militar tramita las diligencias penales sin que se conozca algún resultado. El Código Penal Militar colombiano prevé un término máximo de 30 días para perfeccionarse la indagación preliminar (art. 552), y de 60 días para perfeccionar el sumario cuando hayan dos o más delitos o procesados (art. 562). El juicio, según los distintos incidentes procesales posibles, debe desarrollarse en un plazo no mayor a los dos meses (arts. 652 a 681), que debe tramitarse bajo la figura del Consejo Verbal de Guerra tratándose de delitos contra la vida y la integridad personal (art. 683). El procedimiento ante la jurisdicción penal militar ha rebasado estos términos.

Decisión sobre admisibilidad

6.1. En su 70º período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación y comprobó que, en cumplimiento con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el mismo asunto no había sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.2. En relación con el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité consideró que la prolongación del procedimiento judicial relativo a las investigaciones de las muertes y la acusación de los autores fue injustificada. Asimismo, recordó que cuando se trata de delitos graves como sucede con el caso de violaciones de derechos fundamentales, en particular del derecho a la vida, los recursos puramente administrativos y disciplinarios no pueden considerarse suficientes y efectivos. Asimismo, el Comité determinó que los procedimientos de compensación se prolongaron irrazonablemente.

6.3. En fecha 13 de octubre de 2000, el Comité declaró la comunicación admisible y consideró que los hechos presentados suscitan cuestiones relacionadas con los artículos 6, 7, 9 y 17, conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

Observaciones del Estado Parte relativas al fondo

7.1. En sus observaciones de 3 de mayo y 20 de septiembre de 2001, el Estado Parte retoma sus argumentos sobre la admisibilidad reiterando que no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna y que no puede equipararse esta situación a una denegación de justicia.

7.2. El Estado Parte informa que la Fiscalía General de la Nación ha comunicado que la Fiscalía Especializada ante los Jueces Penales Especializados, Unidad de Terrorismo 51-3 ha adelantado la investigación por las muertes de Gustavo Coronel Navarro y otros, con el expediente Nº 15282. Hasta la fecha los resultados han sido los siguientes:

- La Procuraduría General de la Nación estimó el 19 de febrero de 1999 que la investigación debería ser asumida por la justicia ordinaria, disponiéndose su envío inmediato a ésta. El 18 de septiembre de 2000, la Dirección Nacional de Fiscalías ordenó asignar el expediente Nº 15282 a la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos, con el fin de que se prosiga

con la actuación. Dicha Unidad Nacional de Derechos Humanos devolvió el expediente Nº 15282 a la Unidad de Fiscalías por considerar que no era de su competencia. Finalmente la Fiscalía Especializada, mediante oficio de 15 de febrero de 2001 informó que dio respuesta a la solicitud de información por parte de Asfaddes.[7]

- El 22 de marzo de 2001, la Fiscalía Especializada ordenó oír en "versión libre" a dos de los presuntos responsables, el capitán Mauricio Serna Arbeláez y Francisco Chilito Walteros, encargando de ello al juez 47 de Instrucción Penal Militar.

7.3. En lo que se refiere al fondo del asunto, el Estado Parte pide al Comité de Derechos Humanos que se abstenga de examinar el fondo del caso ya que en el ámbito de la jurisdicción interna se encuentran en curso las decisiones para la protección de los derechos de quienes demandan.

7.4. El Estado Parte reitera que la investigación penal se encuentra en fase de instrucción y que en ningún momento las autoridades la han archivado o suspendido. En suma, no puede decirse que el Estado Parte haya incurrido en alguna violación de normas internacionales ya que ha desplegado todos sus recursos de la jurisdicción interna para la obtención de resultados.

7.5. Por último, el Estado Parte sostiene que existe una contradicción en los argumentos que los autores han presentado en la decisión del Comité sobre la admisibilidad.

---

[7] La carta de respuesta a la Asociación de familiares de detenidos desaparecidos (Asfaddes), copia de la cual se halla a disposición de la Secretaría, explica que durante la investigación preliminar se han recogido testimonios de todas las personas que de alguna manera han conocido los hechos y se han aportado pruebas. Asimismo, explica que por el momento se está analizando a quién le corresponde la competencia para el desarrollo del trámite.

Comentarios de los autores con respecto al fondo

8.1. En sus comentarios de 13 de julio y 27 de noviembre de 2001, los autores responden a las observaciones del Estado Parte y constatan que éste no ha respondido en ningún momento en cuanto al fondo de la comunicación. En cuanto a las siete víctimas, incluido entre ellas un menor, según los autores el Estado Parte no ha refutado que seis de ellas fueron detenidas ilegalmente, torturadas, desaparecidas y posteriormente ejecutadas, y que otra más fue desaparecida por unidades del Batallón de Contraguerrillas Nº 17 "Motilones" adscrito a la Brigada Móvil Nº 2 del Ejército Nacional de Colombia. Tampoco el Estado Parte controvierte la existencia de los allanamientos ilegales realizados a las residencias de las familias de las víctimas asesinadas y desaparecidas ni que varios de sus moradores fueron detenidos ilegalmente. Asimismo, el Estado Parte nada dice sobre el asesinato de varios miembros de la familia Ascanio por presuntos paramilitares ni sobre el permanente hostigamiento del que fueron víctimas los familiares y miembros de ONG que denunciaron los hechos.

8.2. Según los autores, las observaciones del Estado Parte evidencian que las investigaciones, a lo largo de los ocho años, han permanecido en fase preliminar. Por otra parte, el traslado de las diligencias penales militares a la justicia ordinaria fue solicitado el 19 de febrero de 1998 por la Procuraduría Judicial Penal de la Procuraduría General de la Nación. El 13 de mayo de ese mismo año, el Juzgado Nº 47 de Instrucción Penal Militar acogió tal solicitud y ordenó dar traslado de las diligencias previas a la Fiscalía Regional de Ocaña. Las investigaciones penales por los hechos se encuentran actualmente en trámite en la Subunidad Tercera de Terrorismo de la Fiscalía Delegada ante los jueces penales del circuito especializados de la Fiscalía General de la Nación.

8.3. Los autores afirman que resulta paradójica la decisión de oír en "versión libre" al capitán Mauricio Serna Arbeláez puesto que éste murió en agosto de 1994, como lo indica el párrafo 5.6 supra. Finalmente, exponen los autores, resulta extraño que los demás mi-

litares implicados en los hechos, no sólo no han sido imputados, sino que tampoco fueron suspendidos en sus funciones mientras se desarrollaban las investigaciones e incluso fueron después ascendidos en grado militar.

8.4. En cuanto al proceso contencioso administrativo entablado por las familias de las víctimas, el Tribunal Administrativo de Santander denegó las peticiones de indemnización el 29 de septiembre de 2000.

8.5. Por último, los autores reiteran que el hecho de que el Estado Parte mantenga silencio respecto de los hechos y violaciones objetos de la comunicación, así como de la denegación a un recurso efectivo ante estas graves violaciones, sólo puede ser interpretado como una aceptación de los hechos.

Cuestiones materiales y procesales de previo pronunciamiento

9.1. El Comité ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información facilitada por las partes de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. El Comité ha tomado nota de que el Estado Parte sigue manteniendo que no se han agotado todos los recursos internos y que varios procesos se encuentran aún pendientes. El Comité estima que la aplicación de los recursos internos en este caso se ha prolongado indebidamente y que, por consiguiente, puede examinar la comunicación en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2. El Comité toma nota de que el Estado Parte no ha facilitado más información sobre los hechos relativos al caso. A falta de respuesta del Estado Parte debe darse la debida consideración a las denuncias de los autores, en la medida en que estén fundamentadas.

9.3. Con respecto a las alegaciones de los autores de que existió una violación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto, el Comité observa que, según los autores, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación estableció en su informe final del 29 de junio de 1994 la responsabilidad de los agentes del Estado en la detención y desaparición de las víctimas. Asimismo, la

Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación en su decisión del 27 de febrero de 1998, que el Comité ha tenido a la vista, reconoció que las Fuerzas de Seguridad del Estado detuvieron y dieron de baja a las víctimas. Teniendo en cuenta, además, que el Estado Parte no ha impugnado estos hechos ni ha tomado las medidas necesarias contra los responsables del asesinato de las víctimas, el Comité concluye que el Estado Parte no respetó ni garantizó el derecho a la vida de Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero, Luis Honorio Quintero Ropero, Ramón Villegas Téllez y Luis Ernesto Ascanio Ascanio en violación del párrafo 1 del artículo 6.

9.4. En lo que respecta a la reclamación en virtud del artículo 9 del Pacto, el Comité toma nota de las alegaciones de los autores de que las detenciones fueron ilegales ya que no existía orden de detención ni de captura. Teniendo en cuenta que el Estado Parte no ha desmentido este hecho y considerando la queja suficientemente fundamentada a la luz de los documentos mencionados en el párrafo 9.3, el Comité concluye que ha existido una violación del artículo 9 del Pacto con respecto a las siete víctimas.

9.5. En lo que se refiere a las alegaciones de los autores de que existió una violación del artículo 7 del Pacto, el Comité toma nota de que en la misma decisión de 27 de febrero de 1998, mencionada en los párrafos anteriores, la Procuraduría reconoció que las víctimas Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Luis Ernesto Ascanio Ascanio y Luis Honorio Quintero Ropero habían sido sometidas a tratos incompatibles con el artículo 7. Teniendo en cuenta las circunstancias de la desaparición de las cuatro víctimas y que el Estado Parte no ha desmentido el hecho de que fueran sometidas a tratos incompatibles con dicho artículo, el Comité concluye que las cuatro víctimas han sido objeto de una clara violación del artículo 7 del Pacto.

9.6. Sin embargo, en lo que se refiere a las alegaciones relativas a Ramón Emilio Sánchez, Ramón Emilio Quintero Ropero y Ramón

Villegas Téllez, el Comité considera que no cuenta con suficiente información para determinar que haya existido una violación del artículo 7 del Pacto.

9.7. En lo que respecta a la reclamación del artículo 17 del Pacto, el Comité debe determinar si las condiciones concretas en que se produjo el allanamiento de la vivienda de las víctimas y sus familias constituyen una violación de dicho artículo. El Comité toma nota de las alegaciones de los autores de que tanto los allanamientos como las detenciones fueron realizados de forma ilegal, puesto que los militares no contaban con una orden de registro ni de arresto. Tiene en cuenta, igualmente, las declaraciones concordantes de testigos recogidas por la Procuraduría General de la Nación que ilustran sobre los procedimientos efectuados en forma ilegal en los domicilios privados donde se encontraban las víctimas. Asimismo, considera que el Estado Parte no ha proporcionado ninguna explicación al respecto para justificar la actuación descrita. En consecuencia, el Comité concluye que ha existido una violación del párrafo 1 del artículo 17 en cuanto se ha producido una injerencia ilegal en el domicilio de las víctimas y sus familias o en los que se encontraban las víctimas, incluido el domicilio del menor Luis Ernesto Ascanio Ascanio, a pesar de no encontrarse en ese momento en el mismo.

9.8. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se han expuesto constituyen violaciones del párrafo 1 del artículo 6, del artículo 7; en lo que respecta a Gustavo Coronel Navarro, Nahún Elías Sánchez Vega, Luis Ernesto Ascanio Ascanio y Luis Honorio Quintero Ropero, del artículo 9 y del artículo 17 del Pacto.

10. En virtud del apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a los familiares de las víctimas un recurso efectivo, que incluya una indemnización. El Comité insta al Estado Parte a finalizar sin demora las investigaciones sobre la violación de los artículos 6 y 7 y a acelerar las actua-

ciones penales contra las personas responsables de los mismos ante los tribunales penales ordinarios. El Estado Parte tiene la obligación de procurar que no ocurran violaciones análogas en el futuro.

11. Teniendo en cuenta que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha violado el Pacto y que, conforme al artículo 2 de éste, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y aplicable en el caso de que se haya comprobado una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información acerca de las medidas adoptadas para llevar a la práctica el dictamen del Comité. Se pide también al Estado Parte que publique este dictamen.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso 19 comerciantes c. Colombia
Sentencia del 5 de julio de 2004

[...] VII
VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 7, 5 Y 4
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1
(DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y DERECHO A LA VIDA)

Alegatos de la Comisión

113. En cuanto a la violación de los artículos 7, 5 y 4 de la Convención, en perjuicio de las 19 presuntas víctimas, la Comisión alegó que:

a) las presuntas víctimas fueron privadas de forma arbitraria e ilegítima de su libertad por el grupo "paramilitar" que operaba en el municipio de Boyacá, el cual carecía de potestad para

interferir con la libertad física de los ciudadanos. "En vista de que […] en este caso los actos de los paramilitares resultan imputables al Ilustre Estado, cabe concluir que éste es responsable por la violación del artículo 7 de la Convención Americana en perjuicio de las 19 [presuntas] víctimas";

b) los hechos y circunstancias que precedieron la ejecución de las presuntas víctimas permiten inferir que éstas sufrieron moral y psicológicamente. Tales hechos y circunstancias significaron una amenaza real e inminente de que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta, lo cual constituye un trato inhumano en los términos del artículo 5 de la Convención Americana;

c) las presuntas víctimas Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Rodríguez, Israel Pundor, Ángel Barrera, Antonio Flores Ochoa, Carlos Arturo Riatiga, Víctor Ayala, Alirio Chaparro, Huber Pérez, Álvaro Camargo, Rubén Pineda, Gilberto Ortiz, Reinaldo Corso Vargas, Hernán Jáuregui, Juan Bautista, Alberto Gómez y Luis Sauza, fueron ejecutadas por sus captores y, posteriormente, sus cuerpos fueron destruidos de manera brutal con el fin de impedir su identificación. Los señores Juan Montero y Ferney Fernández "corrieron similar suerte tras su detención-desaparición el 18 de octubre de 1987". Las presuntas víctimas "fueron arbitrariamente privadas de sus vidas en estado de indefensión", mientras se encontraban bajo el control del grupo "paramilitar" que operaba en el municipio de Puerto Boyacá. Tales actos son imputables al Estado;

d) el grupo "paramilitar" que perpetró la desaparición de los 19 comerciantes "contó con el apoyo y la participación de miembros de la Fuerza Pública al planear, consumar y encubrir los hechos materia del presente caso, con lo cual las graves violaciones perpetradas resultan también imputables al Estado en forma directa". El móvil de los hechos fue identificado por las autoridades judiciales como la presunta relación de las víctimas con grupos guerrilleros, pues se les imputaba la venta y transporte de armas y municiones;

e) el Decreto de Estado de Sitio Nº 3398 de 1965 dio fundamento legal a la creación de grupos "paramilitares", al disponer que "el Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas de uso privativo de las Fuerzas Armadas". Esta norma tuvo por efecto el surgimiento y fortalecimiento de grupos "paramilitares" desde mediados de la década de los sesenta del siglo XX, los cuales han sido creados y promovidos por sectores de las Fuerzas Militares que buscaban defender los intereses de algunos individuos o grupos mediante la violencia. Los grupos "paramilitares" nacieron ligados al Ejército colombiano en virtud de su motivación contrainsurgente;

f) el 25 de mayo de 1989 la Corte Suprema de Justicia de Colombia declaró la inconstitucionalidad del referido Decreto, tras lo cual el Estado adoptó una serie de medidas legislativas para "criminalizar" las actividades de dichos grupos "paramilitares" y de quienes los apoyaran;

g) el Estado colombiano es responsable de manera general por la existencia y fortalecimiento de los grupos "paramilitares". En el presente caso las pruebas indican que miembros del Ejército y del grupo "paramilitar" comandado por el dueño de la finca El Diamante, vigilaban y ejercían control de manera conjunta en la zona en la cual se produjeron los hechos, con el objeto de combatir a grupos armados disidentes. En la sentencia de primera instancia contra los civiles implicados en los hechos, el Juzgado Regional de Cúcuta se refirió a este vínculo. Además, "[o]tros elementos de prueba que constan en el proceso llevado a cabo en el ámbito de la justicia penal militar indican que miembros del Ejército facilitaban entrenamiento y armas a este grupo de paramilitares". De igual forma, los informes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) confirman el carácter de las relaciones entre miembros del Ejército y los grupos "paramilitares" de la zona del Magdalena Medio. El DAS es un organismo que forma parte del Poder

Ejecutivo, y tanto el Código de Procedimiento Penal vigente en la época en que sucedieron los hechos como el vigente actualmente, le otorgan funciones de policía judicial, por lo que sus agentes actúan como órganos auxiliares de la administración de justicia en la recolección de pruebas. Los informes presentados en este caso fueron elaborados en respuesta a una solicitud expresa que el entonces presidente de la República hizo al director de la institución. Los cambios legislativos impulsados por el presidente de la República en 1989 se basaron en las conclusiones de dichos informes, lo cual "es indicativo de que fueron valorados en forma altamente positiva por el Estado mismo";

h) los informes producidos por el DAS, las decisiones emitidas en la justicia ordinaria y en la castrense, así como el testimonio del señor Salomón Flórez confirman que el grupo "paramilitar" que tenía control en la zona donde se produjeron los hechos contaba con el apoyo de las autoridades militares de la región;
i) la tranquilidad y despliegue con el que actuaban los grupos "paramilitares" que operaban en el Magdalena Medio "es indicativo del apoyo, colaboración y concertación de los agentes del Estado acantonados en las bases militares". Las autoridades no desplegaron acción alguna para confrontar a los grupos "paramilitares";
j) de conformidad con el Tercer Informe de la Comisión sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, el Estado ha tenido un papel importante en el desarrollo de los llamados grupos "paramilitares", "a quienes permitió actuar con protección legal y legitimidad en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta"; y
k) el Estado reconoció ante la Comisión que la relación de cooperación entre el grupo "paramilitar" que actuaba en la zona al momento de los hechos y sus propios agentes encontraba fundamento en la legislación. Precisamente ese fue el fundamento para exonerar de responsabilidad a los miembros del Ejército implicados en la ejecución de las presuntas víctimas.

Alegatos del Estado

114. Con respecto a la violación de los artículos 7, 5 y 4 de la Convención, en perjuicio de las 19 presuntas víctimas, el Estado manifestó que:

a) los 19 comerciantes fueron secuestrados por una agrupación de delincuentes comunes. Después de pasar por Lizama fueron llevados a la finca El Diamante, propiedad del jefe de ese grupo ilegal, en donde los asesinaron y sus cuerpos fueron descuartizados y arrojados al río Ermitaño. Está demostrado que los hechos "fueron de autoría intelectual y material de grupos ilegales de delincuencia común de total repudio y rechazo institucional y social";
b) "[e]l resultado de las pruebas recaudadas dentro de los procesos internos, […] así como la existencia de varias sentencias penales permiten concluir que el Estado colombiano no ha violado ni directa ni indirectamente" los artículos 7, 5 y 4 de la Convención;
c) no se ha probado la responsabilidad de agentes estatales en los hechos del presente caso, "ya que los procesos penales son los medios idóneos para dirimir y esclarecer responsabilidades individuales, siendo la jurisdicción contencioso administrativa, la idónea para esclarecer la responsabilidad estatal";
d) los hechos del presente caso fueron realizados de manera directa y exclusiva por un grupo de delincuentes cuya autoría está plenamente demostrada en los procesos penales internos, mediante sentencias que tienen el valor de cosa juzgada. "Como da cuenta el expediente tramitado ante la justicia penal militar, algunos testimonios relatan cómo algunas autoridades hicieron uso de las prerrogativas legales para convocar a la ciudadanía al apoyo en la lucha anti subversiva, pero no hay un solo indicio o testimonio que señale que estas autoridades hicieran convocatorias al delito o dieran instrucciones para su comisión";

e) el Tercer Informe de la Comisión sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia "no puede ser aceptado como prueba de unos hechos concretos y determinados como los que nos ocupan". La misma Comisión contempla en su informe la necesidad de la prueba de vinculación de agentes estatales con los grupos de delincuentes para afirmar que el Estado es responsable por la actuación de tales grupos. "Por lo tanto, son las pruebas oportunas y legalmente alegadas y valoradas conforme a las reglas de la sana crítica en los procesos internos surtidos con ocasión de estos hechos las que determinarán la participación y responsabilidad estatal en los mismos";

f) en cuanto a lo alegado por la Comisión respecto del Decreto Nº 3398 de 1965, es necesario indicar que la prerrogativa legal de amparo a portar un determinado tipo de armas no puede calificarse como el "salvoconducto" de los grupos delincuenciales surgidos en los [años] setenta y ochenta. La razón de la existencia de tales grupos fue el nacimiento del narcotráfico, con suficiente poder económico para contratar tales grupos. Al respecto, el Informe Nacional de Desarrollo Humano Colombia-2003 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo señala que "a comienzos de los 80 surge un paramilitarismo diferente, pues no es 'autodefensa' ni tampoco 'estatal', sino extensión de los ejércitos privados que necesariamente tienen las industrias ilegales" y que "aunque hayan adoptado un discurso político de alcance nacional, las autodefensas son respuestas locales a la guerrilla y, al igual que ella pertenecen al mundo rural";

g) el análisis de las normas tendientes a restablecer el orden público alterado por tales fenómenos delictivos demuestra que ha habido un endurecimiento de penas y tipificación de conductas, "lejanas en todo caso de intención alguna de tolerancia o patrocinio por parte del Estado o de sus Fuerzas Militares de tales conductas". Mediante el Decreto legislativo 0180 de 1988 y el Decreto 1194 de 1989 se buscó combatir a los gru-

pos armados de autodefensa ilegales. "[N]ingún momento de la historia política, legislativa o institucional de Colombia refleja ni tácita ni expresamente la más mínima tolerancia con la conformación y actuación de grupos de autodefensa ilegal o 'paramilitares'";

h) los informes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) "tienen un valor diferente al que arrojen las investigaciones penales correspondientes". La información de inteligencia sólo tiene trascendencia en el ámbito jurídico cuando forma parte de un proceso ante la jurisdicción penal, disciplinaria o fiscal. El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Gil dio a los informes del DAS el valor que correspondió en aquellos aspectos en que pudieron ser cotejados y confrontados con otros elementos probatorios, ya que no constituían plena prueba. El Juzgado Militar de Primera Instancia utilizó dichos informes de inteligencia como elementos de juicio asociados a otros elementos probatorios. A pesar de que la investigación disciplinaria "tuvo fundamento en el Informe de Inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad", la Procuraduría General de la Nación no encontró mérito probatorio para sancionar a agentes del Estado y ordenó el archivo definitivo de las diligencias;

i) en ningún momento del procedimiento ante la Comisión el Estado ha reconocido que existiera una relación entre sus Fuerzas Militares y esos grupos delincuenciales, así como tampoco que "la relación de cooperación entre el grupo 'paramilitar' que actuaba en la zona al momento de los hechos y sus propios agentes encontraban sustento en su propia legislación"; y

j) los hechos relacionados con la desaparición y muerte de los 19 comerciantes en octubre de 1987 no son imputables al Estado, debido a que no existió una acción u omisión de sus agentes que influyera en que se cometieran tales delitos, y tampoco hubo un apoyo de sus agentes a los grupos delincuenciales autores de tales hechos.

Consideraciones de la Corte

115. Debido a las particularidades del presente caso, para analizar la alegada responsabilidad internacional de Colombia por la violación a los artículos 7, 5 y 4 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, la Corte considera necesario hacer referencia primero a dos situaciones que se presentaron en este caso: a) la creación de grupos de "autodefensa" que derivaron en grupos delincuenciales o "paramilitares"; y b) la vinculación y apoyo de miembros de la Fuerza Pública al grupo "paramilitar" que ejercía control en la región del Magdalena Medio, así como la participación de éstos en las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes.

a) La creación de grupos de "autodefensa" que derivaron en grupos delincuenciales o "paramilitares".

116. Ha quedado demostrado que en el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, Colombia emitió legislación (supra párr. 84.a)* con el propósito de organizar la defensa nacional, para lo cual se requería de "un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación" y, al respecto, se estipulaba que "[t]odos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, pod[í]an ser utilizados por el gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuy[eran] al restablecimiento de la normalidad". Asimismo, se dispuso que "[e]l Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas". Estas normas emitidas en 1965 y 1968 se encontraban vigentes en octubre de 1987, época en la cual ocurrieron los hechos del presente caso.

117. Con respecto al referido fundamento legal de los grupos de autodefensa, cabe resaltar lo indicado por el Tribunal Superior Militar en su sentencia del 17 de marzo de 1998, en la cual dejó claro que:

* Los párrafos 1 a 112 se encuentran en la sentencia completa.

> [L]os 'grupos de autodefensa' se consideraban como de creación legal de acuerdo al contenido de la ley de Defensa Nacional Decreto Legislativo No. 3398 de 1965 (DIC 24) y el cual fue adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, legalidad fundamentada particularmente en el artículo 25 […], [p]ero además, con fundamento en lo consagrado en el parágrafo 3º. del artículo 33 de la misma Ley de Defensa Nacional. […] [P]or la anterior situación jurídica se consideraba que los 'grupos de autodefensa' eran legales[,] circunstancia admitida por las autoridades y por esa razón gozaban de su apoyo.

118. Los "grupos de autodefensa" se conformaron de manera legal al amparo de las citadas normas, por lo cual contaban con el apoyo de las autoridades estatales. El Estado impulsó su creación entre la población civil, con los fines principales de auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antisubversivas y de defenderse de los grupos guerrilleros, es decir, en su concepción inicial no tenían fines delictivos. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico. Sin embargo, muchos "grupos de autodefensa" cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados "paramilitares".

119. Según aclaró el Estado durante la audiencia pública (supra párr. 52), "más o menos a partir de 1985 […] empieza a hacerse notorio que hay grupos armados ilegales con estos propósitos", es decir, grupos que cometían "hechos delictivos, las masacres, los asesinatos colectivos". Asimismo, señaló que ante esto "el Estado vio la necesidad entonces de tomar medidas legislativas para contrarrestar estas nuevas modalidades y es donde empieza entonces la historia legislativa para contrarrestarlas".

120. La Corte observa que cuando ocurrieron los hechos del presente caso ya habían transcurrido aproximadamente dos años de tal notoriedad en la transformación de los grupos de autodefensa, creados al amparo estatal, en grupos delictivos. Sin embargo, no fue sino hasta el 27 de enero de 1988 que Colombia empezó a tomar medidas, entre ellas legislativas, para "contrarrestar" las nuevas modalidades delictivas que realizaban tales grupos. En abril de 1989 se

emitió el Decreto 0815, mediante el cual se suspendió la vigencia del parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965 (supra párr. 84.a), el cual facultaba al Ministerio de Defensa Nacional para autorizar a los particulares el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Cabe destacar que en la parte considerativa de dicho decreto se indicó que "la interpretación del [Decreto legislativo 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968,] por algunos sectores de la opinión pública *ha causado confusión sobre su alcance y finalidades en el sentido de que se puedan llegar a tomar como una autorización legal para organizar grupos civiles armados que resultan actuando al margen de la Constitución y las leyes*". Posteriormente, mediante sentencia de 25 de mayo de 1989, la Corte Suprema de Justicia declaró "inexequible" el referido parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965.

121. El 8 de junio de 1989 el Estado emitió el Decreto 1194 "por el cual se adiciona el Decreto legislativo 0180 de 1988, para sancionar nuevas modalidades delictivas, por requerirlo el restablecimiento del orden público". En la parte considerativa de esta norma se expuso que "los acontecimientos que vienen ocurriendo en el país, han demostrado que existe una nueva modalidad delictiva consistente en la comisión de actos atroces por parte de grupos armados, mal llamados 'paramilitares', constituidos en escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada, cuya existencia y acción afectan gravemente la estabilidad social del país, las cuales deben reprimirse para lograr el restablecimiento del orden y la paz públicos". En este decreto se tipificó la promoción, financiación, organización, dirección, fomento y ejecución de actos "tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares". También se tipificó la vinculación y pertenencia a dichos grupos, así como el instruir, entrenar o equipar "a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de las actividades delictivas" de los referidos grupos armados. El Tribunal estima importante resaltar que, además, se esti-

puló como agravante de las anteriores conductas, el hecho de que fueran "cometidas por miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado", de lo cual se deduce que esta agravante tuvo una importante motivación, cual fue que efectivamente miembros de la Fuerza Pública tenían vinculación con tales grupos delincuenciales.

122. En el presente caso, las violaciones en perjuicio de los 19 comerciantes fueron perpetradas por uno de esos grupos de "autodefensa" que derivó en un grupo "paramilitar", en una época en que el Estado no había tomado las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las actividades delincuenciales de tales grupos, a pesar de que ya eran notorias tales actividades.

123. Aunado a lo anterior, las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivaron a tal grupo de "autodefensa" a desarrollar una actitud ofensiva ante los grupos guerrilleros, tal como queda manifiesto en la referida sentencia de 17 de marzo de 1998 emitida por el Tribunal Superior Militar cuando indicó que:

> [V]ale la pena comentar, que si bien es cierto *el señor General* pudo asistir a la reunión de campesinos de que da cuenta Baquero Agudelo y también Luis Alberto Arrieta Morales alias "Piraña" *para manifestarles su apoyo a fin de que no siguieran siendo víctimas de la guerrilla, y adoptaran una actitud ofensiva y se les autorizó la venta de armas amparadas con salvoconducto* inclusive de las armas obsoletas de uso oficial, *estas acciones no estaban prohibidas por la ley y sólo se pretendía erradicar o aminorar la acción violenta y despiadada de la guerrilla contra quien se opusiera a su ideología y voluntad* y no para que se cometieran desafueros y crímenes, como el mismo "Piraña", escolta personal del señor Baquero Agudelo lo manifiesta al referir lo que les manifestó el General: "...que si no tenían armas que ellos le ayudaban a conseguirlas pero que nunca les dijeron que era para cometer masacres o matar a alguien, que era únicamente *para combatir la guerrilla*..." (énfasis agregado).

124. A pesar de que Colombia alega que no tenía la política de incentivar la constitución de tales grupos delincuenciales, ello no

libera al Estado de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos "paramilitares", por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las referidas actividades delincuenciales, aunado a que las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivaron al grupo de "autodefensa" que tenía control en dicha zona a desarrollar una actitud ofensiva ante los guerrilleros, tal y como sucedió en este caso, pues se consideraba que los comerciantes brindaban colaboración a los grupos guerrilleros.

b) La vinculación y apoyo de miembros de la Fuerza Pública al grupo "paramilitar" que ejercía control en la región del Magdalena Medio, así como la participación de éstos en las alegadas violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes.

125. Por otra parte, es preciso entrar a considerar, en términos generales, cuál era la relación entre los altos mandos de la Fuerza Pública de Puerto Boyacá y el grupo "paramilitar" que tenía gran dominio en la zona en la época en que ocurrieron los hechos de este caso, así como también establecer específicamente si agentes estatales participaron directamente en el planeamiento y ejecución de las violaciones cometidas contra las presuntas víctimas. Para ello, la Corte ha valorado la totalidad del acervo probatorio de este caso, el cual incluye entre otras pruebas los testimonios rendidos ante fedatario público, los testimonios rendidos ante la Corte, los informes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y los informes de las Naciones Unidas, y tomó especial cuidado en lo que concluyeron las autoridades judiciales en los procesos internos.

126. Al respecto, en la sentencia de primera instancia emitida el 28 de mayo de 1997, el Juzgado Regional de Cúcuta señaló que:

Uno de los aspectos relevantes en este proceso y que causa honda preocupación es el atinente a los claros vínculos existentes entre estos grupos al margen de la ley

y las fuerzas del orden legalmente establecidas, quienes actúan mancomunadamente y con unidad de designio criminal, con el pretexto que unos y otros persiguen un objetivo común: acabar con la subversión. Se observa cómo algunos mandos militares –contra quienes al parecer se adelantan las investigaciones de rigor– auspiciaron, asesoraron, y participaron en actos despiadados como el que ocupa la atención de esta investigación y, por ello se encuentra con extrañeza que en desarrollo del plan criminal el Te. Néstor Raúl Vargas, quien había dispuesto un retén militar, simplemente verifica si los comerciantes llevaban o no armas, y les permite seguir haciendo caso omiso de la cantidad considerable de mercancías de contrabando que logró detectar, por cuanto kilómetros adelante les esperaba el grupo de delincuentes que finiquitaría sus vidas y haría un festín con sus vehículos y mercancías. […]

La prueba testimonial aducida ha arrojado los siguientes resultados: a) Que un grupo considerable de comerciantes se trasladó desde la ciudad de Cúcuta hasta Medellín por la "Troncal de la Paz"; b) Que la zona se hallaba bajo el dominio de los grupos paramilitares, comandadas por Henry Pérez; c) *Que estos grupos al margen de la ley, con el auspicio de los mandos militares, son los responsables de uno de los actos más despiadados que haya sacudido a nuestra martirizada patria, como es el secuestro y muerte de los 19 comerciantes* de Sanandresito. […]

Como se recuerda, *se celebró una reunión en la cual asistieron con la aquiescencia de los mandos militares,* entre otros, Nelson Lesmes, Marceliano Panesso, Henry Pérez y Alonso de Jesús Baquero*, en la cual se tomó la determinación final de acabar con el grupo de comerciantes* (énfasis agregado).

127. En el mismo proceso penal, el Tribunal Nacional, al emitir sentencia de segunda instancia el 14 de abril de 1998, también indicó:

Es con las declaraciones de los testigos Robinson Gutiérrez de la Cruz, Aucares de Jesús y Jesús Aníbal Betancourt Ortiz […] recibidas entre junio y septiembre de 1988, con las que se corroboran los datos aportados por los familiares de *los diecinueve desaparecidos, en el sentido de que*

aquellos habían sido asesinados por un grupo de las autodefensas que en aquel entonces campeaban en el Magdalena Medio con la complacencia y auspicio de los comandantes de Batallones Militares instalados en esa región. En efecto, de las versiones ofrecidas por los tres declarantes se desprende que *desde 1984 comenzó a funcionar en aquella zona la organización que públicamente se conoció como "Acdegam", y que después degeneró en un grupo de bandidos comunes, que sirviendo a los intereses del narcotráfico, auspiciados por altos mandos militares, so pretexto de combatir a los grupos subversivos del sector, dieron rienda suelta a la comisión de los más aleves atentados contra los derechos humanos; uno de ellos lo constituyó la masacre de las diecinueve personas a que nos hemos venido refiriendo,* cometida, tal y como lo narran los citados deponentes, por el grupo armado que lideraba en ese entonces Gonzalo Pérez, y sus dos hijos Henry y Marcelo Pérez […] (énfasis agregado).

128. El juez único especializado de San Gil señaló, en la sentencia emitida el 23 de marzo de 2001, que:

> […] *Henry fue un verdadero autor intelectual,* él estuvo presente en la reunión en que se tomó esa decisión, dio la orden a Baquero Agudelo para su ejecución *y fue quien trató directamente con algunos miembros militares ese asunto de los comerciantes por el problema que ellos estaban creando en la zona al haberse convertido en auxiliadores de la guerrilla* (énfasis agregado).

129. Asimismo, es destacable que en la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 19 de octubre de 2001, se indicó que:

> Hace parte de la prueba que corrobora aún más la certeza sobre la existencia del hecho punible el informe confidencial emitido por la Central de Inteligencia del DAS, pues allí se da cuenta de la existencia de la agrupación criminal "Acdegam" comandada por Gonzalo Pérez y sus hijos Henry de Jesús Pérez y Marcelo, *grupo armado que contaba con el visto bueno de gran parte del comando militar que operaba en la región del Magdalena Medio y a quien se le atribuían genocidios ocurridos en el Urabá Antioqueño,* informe que endilga veracidad al aserto del sujeto Robinson Gutiérrez,

> formando parte del mismo otros testimonios que no dejan muy bien librada a la precitada asociación al margen de la ley (énfasis agregado).

130. Igualmente, no escapa de la consideración de la Corte que a pesar de que en la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 se sostiene que no había una relación entre los "paramilitares" y miembros del Ejército, dentro de la prueba que se expone en dicho fallo se indica que el teniente coronel retirado Hernando Navas Rubio declaró que "el Batallón Bárbula apoyaba a los paramilitares".

131. En el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita realizada a Colombia del 11 al 20 de octubre de 1989, se señaló que:

> *[…] investigaciones llevadas adelante, tanto por el Poder Judicial, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Administrativo de Seguridad, han demostrado en un número significativo de casos, la participación activa de miembros de las fuerzas del orden en los llamados grupos paramilitares*, y han permitido además conocer con mayor detalle su organización y sus fuentes de financiamiento. *Así por ejemplo, el Departamento Administrativo de Seguridad afirma que uno de los grupos que opera en Puerto Boyacá y utiliza como fachada la autodefensa denominada Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio (Acdegam), contaba con la activa colaboración del Comandante y Subcomandante de la Base Militar de Puerto Calderón y de los Comandantes de Policía de La Dorada, Caldas y de Puerto Boyacá, Boyacá. La misma fuente sostiene que tanto el Alcalde de Puerto Boyacá, como el Procurador Regional de Honda, Tolima, brindaban su colaboración a este grupo*.
>
> […]
>
> *Los grupos paramilitares* son formados y financiados por narcotraficantes y, tal vez, algunos terratenientes. *Actúan estrechamente vinculados con elementos de las fuerzas armadas y de la policía. La mayoría de los asesinatos y matanzas perpetrados por los grupos paramilitares ocurren en zonas muy militarizadas. Los grupos paramilitares pueden desplazarse con facilidad en esas zonas y cometer sus asesinatos impunemente. Como se señala en el informe, en algunos*

casos los militares o los policías fingen no percatarse de lo que hacen los grupos paramilitares o los apoyan concediendo salvoconductos a sus integrantes o impidiendo las investigaciones. Por ejemplo, el Director del Departamento Nacional de Investigaciones Criminales en cuanto a la matanza de La Rochela dijo que lo que más le preocupaba era que las investigaciones que dirigía revelaban cada vez mas pruebas de indulgencia, tolerancia y apoyo para con los grupos de extrema derecha por parte de miembros de la policía y del ejército (énfasis agregado).

132. En la declaración rendida ante la Corte el 21 de abril de 2004, el señor Salomón Flórez Contreras, hermano de la presunta víctima Antonio Flórez Contreras, narró detalles sobre los viajes que realizó en búsqueda de su hermano, en los cuales realizó un recorrido durante días por los lugares en los que estuvieron las presuntas víctimas antes de ser desaparecidos, e indicó que "llega[ron] al Batallón Bárbula [y vieron] dos camionetas, una camioneta traía una ametralladora arriba, en el vagón, y entraron al batallón, […] los paramilitares entraron", por lo cual concluye que los militares y los "paramilitares" estaban "unidos". En el mismo sentido, el testigo Jorge Corzo Vargas, padre de la presunta víctima Reinaldo Corzo Vargas, explicó a la Corte que para la época de los hechos él también se dedicaba al transporte de personas en la zona de los hechos, en la cual observó que la "región [era] manejada por las guardias armadas y los llamados paramilitares", quienes "manejaban la situación de orden en ese trayecto".

133. Igualmente en los informes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 10 de mayo de 1988, 15 de marzo de 1989 y 13 de febrero de 1990, los cuales forman parte del acervo probatorio de este caso, también se estableció que había vínculos estrechos entre militares del Batallón Bárbula y el grupo "paramilitar" de la zona. De conformidad con los artículos 310 y 312 de los Códigos Procesales Penales de 1991 y de 2000, respectivamente, dentro de sus competencias el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) desempeña funciones de policía judicial.

134. Con base en los elementos probatorios aportados a este proceso, el Tribunal considera que, en la época de los hechos relevantes

del presente caso, el grupo "paramilitar" que desapareció a los 19 comerciantes tenía estrechos vínculos con altos mandos de la Fuerza Pública de la región del Magdalena Medio, así como también recibía apoyo y colaboración de éstos.

135. Esta Corte tuvo por probado (supra párr. 86.b) que miembros de la Fuerza Pública apoyaron a los "paramilitares" en los actos que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la comisión de los delitos en perjuicio de éstas. Ha quedado demostrado (supra párr. 85.b) que los altos mandos militares y "paramilitares" creían que las primeras 17 presuntas víctimas vendían armas y mercancías a los grupos guerrilleros de la zona del Magdalena Medio. Esta supuesta relación con los guerrilleros y el hecho de que estos comerciantes no pagaban los "impuestos" que cobraba el referido grupo "paramilitar" por transitar con mercancías en esa región, llevaron a la "cúpula" del grupo "paramilitar" a realizar una reunión, en la cual se tomó la decisión de matar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos. Ha quedado también demostrado (supra párr. 85.b) que esta reunión se realizó con la aquiescencia de algunos militares, ya que éstos estaban de acuerdo con dicho plan. Inclusive hay elementos probatorios que indican que en dicha reunión participaron algunos militares.

136. Otro acto que revela la colaboración de los militares en las violaciones cometidas contra las primeras 17 presuntas víctimas, lo constituyó la requisa que realizaron el 6 de octubre de 1987, en la cual el teniente a cargo simplemente verificó si los comerciantes llevaban o no armas y les permitió seguir, haciendo caso omiso de la cantidad considerable de mercancías de contrabando que logró detectar (supra párr. 85.d). Más adelante en el camino las primeras 17 presuntas víctimas fueron detenidas por los "paramilitares" (supra párr. 85.e).

***

137. Una vez analizadas las dos situaciones que se presentaron en este caso, en relación con la creación de grupos de "autodefensa" que derivaron en grupos delincuenciales o "paramilitares", y con la

vinculación y apoyo que miembros de la Fuerza Pública brindaron al grupo "paramilitar" que ejercía control en la región del Magdalena Medio, así como la participación de éstos en las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, corresponde al Tribunal hacer referencia a la forma en que ocurrieron los hechos del presente caso.

138. En el presente caso ha quedado demostrado (supra párrs. 85.b, 85.d, 85.e, 85.f, 85.h y 86.b) que miembros del referido grupo "paramilitar" o grupo delictivo que operaba en el municipio de Puerto Boyacá, con el apoyo y colaboración de miembros de la Fuerza Pública, detuvieron y dieron muerte a los 19 comerciantes en octubre de 1987 y que, no bastándoles con esto, descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a las aguas del caño "El Ermitaño", afluente del río Magdalena, frente al sitio "Palo de Mango", con el propósito de hacerlos desaparecer para que no fueran encontrados ni identificados, lo cual efectivamente sucedió.

139. Corresponde a la Corte decidir si tales hechos originan la responsabilidad internacional del Estado, lo cual exige un examen detenido respecto de las condiciones en las cuales un determinado acto u omisión que lesione uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana puede ser atribuido a un Estado Parte y, en consecuencia, comprometer su responsabilidad según las reglas del derecho internacional.

140. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados.[1] Además, la Corte ha considerado que "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente

---

[1] Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, sentencia del 7 de junio de 2003. Serie C, No. 99, párr. 142; caso "Cinco Pensionistas", sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 163; y caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 220.

no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".[2]

141. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.[3] Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención.[4]

142. La Corte ha dicho en otros casos de desaparición forzada de personas que ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención; se trata de un delito contra la humanidad. Además, la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención.[5]

---

2 Caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C, No. 22, párr. 56; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 182; y caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 172.

3 Cfr. caso Maritza Urrutia, párr. 41; caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 147, párr. 75; caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37, párr. 91.

4 Cfr. Caso Cantos, sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, No. 97, párr. 28; caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94, párr. 66; y Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párr. 47.

5 Cfr. caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párrs. 128 y 129; caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, No. 36, párr. 65; y caso Fairén Garbi y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, Serie C, No. 6, párrs. 147 y 152.

143. Para pronunciarse sobre la alegada violación a la libertad personal, a la integridad personal y al derecho a la vida, protegidos en los artículos 7, 5 y 4 de la Convención, la Corte analizará los hechos que de forma concatenada se refieren, respectivamente, al respeto o no de dichos derechos. Tal como fue probado, los hechos del presente caso configuran una serie de conductas que podrían enmarcarse dentro de los derechos consagrados en la Convención antes indicados. Es decir, en primer término se analizará la detención de los comerciantes, lo cual se refiere al derecho a la libertad personal contemplado en el artículo 7 de la Convención, luego se hará referencia a las condiciones en que estuvieron durante dicha detención y, posteriormente, se hará referencia al respeto del derecho a la vida de las presuntas víctimas.

144. El artículo 7 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

[…]

145. En el presente caso ha quedado demostrado (supra párrs. 85.b, 85.d, 85.e y 86.b) que se violó el derecho a la libertad personal de las primeras 17 presuntas víctimas, ya que fueron privadas de su libertad al ser detenidas ilegalmente y arbitrariamente por el grupo "paramilitar" que controlaba la zona, con el apoyo de agentes estatales, impidiéndose, de esta manera, cualquier posibilidad de que operaran a su respecto las salvaguardas de la libertad personal consagradas en el artículo 7 de la Convención Americana. Además, ante la desaparición de los comerciantes, las autoridades estatales a las cuales recurrieron sus familiares no les dieron información oficial ni apoyo en la búsqueda inmediata de éstos.

146. Asimismo, se encuentra probado que se violó el derecho a la libertad personal de los señores Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz cuando éstos fueron a buscar a las primeras 17 presuntas víctimas recorriendo las rutas por las cuales éstas habían pasado y poniendo también sus vidas en peligro. Los señores Montero Fuentes y Fernández Díaz "corrieron la misma suerte" que los primeros 17 desaparecidos, pues al tratar de averiguar lo que les sucedió, el mismo grupo "paramilitar" que había desaparecido a las primeras 17 presuntas víctimas con el apoyo de agentes estatales, también detuvo a los señores Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz, los cuales fueron víctimas de las mismas violaciones que los primeros 17 comerciantes.

147. En esta relación de hechos concatenados corresponde, en segundo lugar, hacer referencia a las condiciones en que estuvieron las presuntas víctimas, a manos de los "paramilitares", durante el tiempo en que fueron privadas de su libertad, lo cual se refiere al derecho a la integridad personal contemplado en el artículo 5 de la Convención.

148. Por su parte, el artículo 5 de la Convención contempla que:

> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
>
> 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. [...]

149. Al respecto, la Corte Europea ha sostenido que la mera amenaza de una conducta prohibida por el precepto de la Convención Europea (art. 3), correspondiente al artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras: crear una situación amenazante o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano.[6]

150. En el presente caso ha quedado demostrado que se violó el derecho a la integridad personal de los 19 comerciantes, ya que es razonable inferir que el trato que recibieron las presuntas víctimas durante las horas anteriores a su muerte fue agresivo en extremo, máxime si se toma en consideración que los "paramilitares" consideraban que los comerciantes colaboraban con los grupos guerrilleros. La brutalidad con que fueron tratados los cuerpos de los comerciantes después de su ejecución, permite inferir que el trato

---

[6] Cfr. Eur. Court. H. R., Campbell and Cosans judgment of 25 February 1982, Serie A, No. 48, p. 12, párr. 26; y cfr. caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 147, párr. 165.

que les dieron mientras estaban con vida también fue extremadamente violento, de forma tal que pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta, lo cual constituyó un trato cruel, inhumano y degradante.

151. Finalmente, corresponde hacer referencia al respeto del derecho a la vida de las presuntas víctimas dentro de la situación de desaparición de éstas, derecho protegido en el artículo 4 de la Convención.

152. Según lo que establece el artículo 4.1 de la Convención, "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

153. La Corte ha establecido que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos.[7] Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.[8] El cumplimiento del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el dere-

---

7 Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 152; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 110; y caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 147, párr. 144.

8 Cfr. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comentario General No. 6 de 1982, párr. 3, en Compilation of General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev 1 en 6 (1994), y cfr. también Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comentario General No. 14 de 1984, párr. 1, en Compilation of General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev 1 en 18 (1994); cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 152; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 110; y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 147, párr. 144.

cho a la vida (obligación positiva),[9] bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.[10] Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas.[11] En razón de lo anterior, los Estados deben tomar las medidas necesarias, no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad.[12]

154. La práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad absoluta, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención.[13]

155. La Corte considera que en el presente caso se violó el derecho a la vida de los 19 comerciantes, ya que ha quedado probado, de conformidad con las sentencias emitidas en los procesos internos (supra párr. 85.f y 85.h), que miembros del grupo "paramilitar" que operaba en Puerto Boyacá dieron muerte a las presuntas víctimas y posteriormente descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a

---

9 Cfr. Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 153; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 111; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 110.

10 Ibídem.

11 Cfr. UN Doc.CCPR/C/SR.443, párr. 55.

12 Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 153; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 110; caso Bámaca Velásquez, supra nota 151, párr. 172. En igual sentido, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), parr. 3, supra nota 123; María Fanny Suárez de Guerrero c. Colombia. Comunicación No. R.11/45 (5 de febrero de 1979), UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) en 137 (1982), p. 137.

13 Cfr. caso Bámaca Velásquez, supra nota 151, párr. 130; caso Castillo Páez, Sentencia del 3 de noviembre de 1997, Serie C, No. 34, párr. 73; y caso Godínez Cruz, supra nota 148, párr. 165.

las aguas del caño "El Ermitaño", afluente del río Magdalena. Han transcurrido más de dieciséis años de ocurridos los hechos sin que se hayan localizado e identificado sus restos.

156. Con base en todas las consideraciones expuestas en este capítulo, la Corte considera que en el presente caso existen suficientes elementos de convicción para concluir que Colombia es responsable por la violación de los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño).

VIII
Violación de los artículos 8.1 y 25 en relación con el artículo 1.1

(Garantías judiciales y protección judicial)

Alegatos de la Comisión

157. En cuanto a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, la Comisión alegó que:

a) los recursos judiciales utilizados por el Estado con el fin de esclarecer la muerte de las presuntas víctimas "no satisfacen los estándares de justicia previstos en la Convención Americana". "Estas normas establecen la obligación de prever el ac-

ceso a la justicia con garantías de legalidad, independencia e imparcialidad dentro de un plazo razonable, así como la obligación general de proporcionar un recurso judicial eficaz frente a la violación de los derechos fundamentales, incorporando el principio de la eficacia de los instrumentos o mecanismos procesales";

b) el 27 de octubre de 1987 el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Cimitarra abrió la investigación por los hechos del presente caso y permaneció radicada por más de siete años en la Fiscalía Regional de Cúcuta sin que se vinculara a ninguna persona, a pesar de la existencia de pruebas sobre la autoría y ubicación del lugar en el cual fueron ejecutadas las presuntas víctimas y destruidos sus vehículos. "La primera sentencia condenatoria contra algunos de los autores materiales fue proferida por el Tribunal Nacional el 14 de abril de 1998, […] a más de una década de ocurridos los hechos". "Transcurridos 17 años de la masacre aún no se ha juzgado a todos los autores materiales";
c) después de que en abril y junio de 1996 la Unidad de Derechos Humanos vinculó a la investigación al mayor Óscar de Jesús Echandía Sánchez, al sargento Otoniel Hernández Arciniegas, al coronel Hernando Navas Rubio y al general Farouk Yanine Díaz, el juez de primera instancia de la jurisdicción penal militar promovió la colisión de competencia positiva contra la Unidad de Derechos Humanos. El Consejo Superior de la Judicatura la dirimió a favor de la jurisdicción militar y, posteriormente, el juez militar de primera instancia ordenó la "cesación de procedimiento" a favor de los oficiales del Ejército vinculados y el Tribunal Superior Militar confirmó dicha resolución;
d) la grave situación de violencia que se ha vivido en la región de Colombia donde ocurrieron los hechos y las dificultades y riesgos que pueden haber sido afrontados por los funcionarios judiciales encargados de la investigación de los hechos del presente caso, "no justifican omisiones al cumplimiento

de la obligación básica de impartir justicia, tales como el retardo de siete años en la apertura formal de la investigación de una masacre". Asimismo, en relación con la complejidad del caso y la actividad de las partes interesadas, cabe señalar que a pesar de los testimonios e indicios disponibles, no se practicaron las diligencias necesarias para investigar lo sucedido y recuperar los restos de las presuntas víctimas;

e) el juzgamiento ante los tribunales militares de los oficiales del Ejército, presuntos autores intelectuales de los homicidios de los 19 comerciantes, que culminó con la "cesación de procedimiento", provocó que se vulneraran las garantías previstas en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado;

f) la jurisdicción penal militar no satisface los estándares de independencia e imparcialidad requeridos en el artículo 8.1 de la Convención, en virtud de su naturaleza y estructura. De acuerdo con la Convención, las víctimas de un ilícito o sus familiares tienen derecho a que "un tribunal penal ordinario determine la identidad de los responsables, los juzgue e imponga las sanciones correspondientes con las debidas garantías". El juzgamiento ante la justicia militar de los oficiales del Ejército, presuntos autores intelectuales de la masacre, que culminó con la cesación de procedimiento, vulnera las garantías previstas en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado;

g) mediante sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre la jurisdicción de los tribunales militares e indicó, *inter alia*, que "el acto punible debe darse como un exceso o abuso de poder que ocurra en el ámbito de una actividad directamente vinculada a la función propia de las fuerzas armadas. El vínculo entre el acto criminal y la actividad relacionada con el servicio militar se rompe cuando el delito es extremadamente grave, tal es el caso de delitos contra el género humano. En estas circunstancias, el caso deberá ser remitido al sistema de justicia civil". En

el presente caso los tribunales ordinarios consideraron que existían serios indicios de que miembros del Ejército habían sido autores intelectuales de los delitos, por lo que la Unidad de Derechos Humanos solicitó las correspondientes órdenes de captura. La actividad imputada a tales miembros del Ejército no puede considerarse como legítima y vinculada a la función propia de las Fuerzas Armadas. Lo anterior, "sumado a la proximidad y permisividad de los vínculos mantenidos entre los miembros del Ejército que entrenaban y armaban a los 'paramilitares' en la zona y frecuentemente alentaban sus actividades violentas en vez de reprimirlas, indica que los oficiales implicados debieron ser juzgados ante la justicia ordinaria";

h) a pesar de que en el presente caso los procesos internos "son fuente de numerosos y contundentes elementos de prueba que apuntan a la responsabilidad de miembros de la Fuerza Pública en la comisión, por acción u omisión, de graves violaciones de los derechos humanos, este caso se caracteriza por la impunidad tras la cual se escudan los responsables". Han transcurrido diecisiete años desde la desaparición de los 19 comerciantes sin que se haya condenado a ningún miembro de la Fuerza Pública;

i) la actividad judicial de los tribunales ordinarios y militares durante más de una década "no satisface los estándares establecidos en la Convención en materia de protección judicial". Las situaciones descritas constituyen una violación del deber del Estado de esclarecer los hechos, juzgar y sancionar a los responsables de las graves violaciones, conforme a los estándares de plazo razonable y protección judicial efectiva previstos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma;

j) "varios delitos no fueron investigados, o se emprendió una indagación varios años después, por ejemplo el delito de robo, y la falsedad en documento cometido por algunos miembros de las fuerzas militares"; y

k) el Estado no ha dispuesto los medios necesarios para cumplir con la obligación de investigar la ejecución de extrajudicial de las presuntas víctimas; juzgar y sancionar a los responsables y reparar a los familiares de éstos, conforme a los estándares previstos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, así como también ha incumplido con su obligación de garantía conforme al artículo 1.1 de dicho tratado.

Alegatos del Estado

158. Con respecto a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, el Estado manifestó que:

a) cuando la Comisión presentó la demanda ante la Corte "los recursos internos aún no estaban agotados y, por el contrario, se encontraban en pleno desarrollo y por lo tanto no era posible valorar el cumplimiento de los estándares internacionales de eficacia";
b) "[t]odos los órganos de investigación y sanción estatales han estado comprometidos en la lucha contra la impunidad en este doloroso caso": la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la jurisdicción penal ordinaria, la jurisdicción penal militar y la jurisdicción contencioso administrativa;
c) la Comisión otorga valor de plena prueba a testimonios e informes de inteligencia descontextualizados y desconoce el valor de sentencias con alcance de cosa juzgada;
d) ante el Tribunal Administrativo de Santander, con sede en Bucaramanga, se encuentran pendientes diecisiete procesos contencioso administrativos en vía de acción ordinaria de reparación directa. Tales procesos tienen como pretensión general que el tribunal declare que "la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios[,] tanto morales como materiales[,] ocasionados por la desaparición de […] causados a

los siguientes familiares […]". La jurisprudencia colombiana reconoce en vía declarativa la responsabilidad estatal soportada en los diferentes regímenes, ya sea por falla probada del servicio o por falla presunta u objetiva, y ordena el pago de indemnizaciones a las víctimas sobrevivientes y a sus familiares por concepto de los perjuicios morales, materiales y fisiológicos ocasionados por los hechos objeto de la responsabilidad estatal declarada;

e) los medios internos de protección y garantías judiciales han sido eficaces. En cuanto a la investigación y juzgamiento de civiles involucrados en los hechos, a todos los civiles vinculados e investigados les fue resuelta su situación jurídica dentro de plazos razonables, de conformidad con la complejidad del asunto. Los familiares de las presuntas víctimas siempre han tenido a su disposición los medios legales, incluyendo acciones civiles y administrativas, "que corresponden para obtener los reconocimientos y resarcimientos a que hubiere lugar";

f) en cuanto al juzgamiento de los militares involucrados en los hechos por la justicia militar, el Estado no comparte la descalificación genérica que realiza la Comisión de la jurisdicción penal militar. La Comisión no ha aportado prueba sobre la supuesta violación en el caso concreto, sino que se ha limitado a considerar dicha jurisdicción como incompetente y parcial. Con respecto a la colisión de competencias que se presentó en la investigación de los hechos, tal colisión fue definida para conocimiento de la justicia penal militar, en virtud de que se demostró "que los implicados eran militares en servicio activo y que las actuaciones que en ese entonces se les imputaban sólo [habrían podido] realizarlas en cumplimiento o desempeño de los cargos militares que ostentaban en la zona de los acontecimientos". En la actualidad la jurisprudencia y legislación ha evolucionado hasta establecer que algunos delitos graves no pueden ser juzgados por la jurisdicción penal militar, sino que siempre deben ser conocidos por los jueces ordinarios. Sin embargo, "no era ésta la concepción legal y jurisprudencial

de la época de los hechos". El proceso penal militar precluyó con la "cesación de procedimiento" debido a que "hubo plena comprobación por el juzgador que el sindicado no había cometido los hechos que se le imputaban a título de autor o cómplice, o sea que éstos fueron realizados por otra persona". El juez analizó las diferencias entre las denominadas "autodefensas" y los grupos delincuenciales llamados "paramilitares", así como también analizó la ubicación y el comportamiento de cada uno de los militares implicados. El juez de instancia "encontró las actividades endilgadas a los militares, en especial las del general Yanine, como lícitas […] y legítimas en cuanto obró dentro del marco legal pertinente y en ejercicio de su profesión, por lo que las consideró jurídicas". El juez analizó la posible autoría intelectual que fue atribuida a los militares "y encontró que dada la ubicación y cargos que en el momento de los hechos realizaban los militares, la crítica probatoria no permitía deducir responsabilidad alguna";

g) al igual que el juez de primera instancia en el proceso penal militar, el a quo "analiza las conductas endilgadas a los militares por el testigo de cargo a la luz de la legislación vigente al momento de los hechos, y en especial la probabilidad de la antijuridicidad en la conformación de grupos de autodefensa, para concluir que los actos imputados a los oficiales no constituyan tipo penal alguno". Los jueces penales militares se caracterizaron por su independencia, autonomía y solvencia crítica para analizar la prueba […] ajustándose a los estándares Convencionales relacionados con las garantías judiciales respecto de las calidades del juez;

h) de las sentencias condenatorias aportadas "se puede deducir que los responsables fueron condenados. Las providencias de las autoridades judiciales son extensas, pródigas en análisis probatorios, ricas en argumentación y ceñidas de manera rigurosa a las reglas de la sana crítica". Los testimonios rendidos

ante la Corte "son referenciales e insuficientes para desvirtuar los medios probatorios obrantes en los expedientes tales como las sentencias con valor de cosa juzgada, en especial, las dictadas por la Justicia Penal Militar";

i) las investigaciones fueron realizadas en plazos razonables "dado la complejidad que significa abordar la macrocriminalidad implícita en estos hechos";

j) no ha incumplido su obligación de respetar los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1 de la misma; y

k) no cabe atribuir responsabilidad internacional a Colombia por la violación de los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la Convención.

Consideraciones de la Corte

159. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

160. El artículo 25 de la Convención Americana dispone que:

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

161. Como ha quedado expuesto con anterioridad (supra párrs. 88 y 90), los tribunales colombianos han emitido sentencias en relación con los hechos del presente caso en procesos penales ordinarios y en un proceso penal militar. La Corte procederá a analizar las actuaciones del Estado tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción penal militar, de manera que la consideración de la alegada violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, los cuales consagran el derecho de acceso a la justicia, se encontrará dividida en dos temas principales: a) la competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los hechos del presente caso; y b) las actuaciones en la jurisdicción ordinaria.

162. En cuanto al requisito del agotamiento de los recursos internos planteado por el Estado como una "cuestión previa de fondo", Colombia alegó que cuando la Comisión Interamericana presentó la demanda ante la Corte "se encontraban en pleno desarrollo" los recursos internos (supra párr. 158.a).

163. En el presente caso la referida cuestión del agotamiento de los recursos internos se encuentra íntimamente ligada al cumplimiento de los deberes de brindar acceso a la justicia y protección judicial, y en particular al respeto del principio de plazo razonable estipulado en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Por ello la Corte analizará el cumplimiento del requisito del agotamiento previo de los recursos internos en el apartado b) de este capítulo, relativo a las actuaciones en la jurisdicción ordinaria.

a) La competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los hechos del presente caso.

164. En primer término la Corte se pronunciará sobre la competencia de los jueces militares para conocer de la investigación de los hechos del presente caso, en relación con los militares retirados vinculados a la investigación, y consecuentemente se referirá a la responsabilidad de miembros de la Fuerza Pública en lo sucedido a los 19 comerciantes.

165. Con respecto a la jurisdicción penal militar, la Corte ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.[14]

166. Es necesario señalar que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. En el caso de la legislación colombiana, el artículo 221 de la Constitución Política de 1991 dispone que los tribunales militares conocerán "[d]e los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio". Esta norma indica claramente que los jueces militares tienen una competencia excepcional y restringida al conocimiento de las conductas de los miembros de la fuerza pública que tengan una relación directa con una tarea militar o policial legítima.

167. Al respecto, la Corte ha dicho que "[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia

---

[14] Cfr. caso Las Palmeras, sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C, No. 90, párr. 51; caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69, párr. 113, y caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto de 2002, Serie C, No. 68, párr. 117.

ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso", el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.[15]

Como ha establecido la Corte con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial.[16]

168. En este sentido, al resolver una demanda de inconstitucionalidad mediante sentencia de 5 de agosto de 1997, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre la jurisdicción penal militar e indicó, *inter alia*, que:

> […] para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar […] el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. […] Si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. […] [E]l vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública.

169. En la investigación de los hechos que realizaba la Fiscalía Regional de la Unidad Nacional de Derechos Humanos en la jurisdic-

---

15 Cfr. caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 52; caso Cantoral Benavides, supra nota 160, párr. 112; y caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 128.

16 Cfr. caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 53; caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74, párr. 112; y caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 161, párr. 130.

ción penal ordinaria, entre abril y septiembre de 1996 se vinculó a la investigación a cuatro miembros retirados del Ejército, respecto de quienes dicha Fiscalía contaba con serios indicios de que habían sido autores intelectuales de los delitos, por lo que se les impuso detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, por los delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado y hurto agravado. El 31 de octubre de ese mismo año el juez de primera instancia en la jurisdicción penal militar dictó un auto, en el cual se declaró competente para conocer del proceso penal adelantado contra los militares por la muerte de los 19 comerciantes y, en consecuencia, propuso la colisión positiva de competencia al Fiscal de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, quien estaba a cargo de la investigación en la jurisdicción penal ordinaria. Los fundamentos del juez de primera instancia fueron que los hechos investigados ocurrieron cuando los imputados eran militares y que "las acciones presuntamente realizadas por los sindicados vendrían a ser expresiones indirectas de las funciones específicas del cargo que desempeñaban […]". El 26 de noviembre de 1996 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dictó auto interlocutorio, mediante el cual dirimió la colisión positiva de competencia a favor del juez de primera instancia de la jurisdicción penal militar, con base en que consideraba que era evidente la existencia de "una relación causal con la función militar que desempeñaban" y en que "si tal participación delictiva es cierta en las modalidades deducidas por el fiscal colisionado, ésta tiene relación con la actividad militar, pues en cumplimiento del servicio en la zona del Magdalena Medio, según se predica en las providencias judiciales citadas, conocieron de las actividades delictivas de grupos al margen de la Ley, les prestaron apoyo y cohonestaron los acontecimientos delictivos, que se les atribuyeron […]".

170. El 18 de junio de 1997 el juez de primera instancia del proceso penal militar emitió sentencia, en la cual declaró la cesación de procedimiento a favor de los cuatro imputados. El Ministerio Público apeló dicha sentencia alegando principalmente, que conforme a la sentencia de inconstitucionalidad emitida por la Corte Constitucional de Colombia el 5 de agosto de 1997, la jurisdicción penal

militar no tenía competencia para conocer de delitos de lesa humanidad. El 17 de marzo de 1998 el Tribunal Superior Militar emitió la sentencia de segunda instancia, en la cual dio aplicación a una sentencia emitida el 4 de diciembre de 1997 por el Consejo Superior de la Judicatura, que estipulaba que los jueces deben sujetarse a lo resuelto en un conflicto de jurisdicciones, salvo que surjan nuevos hechos que modifiquen tal asignación de competencia.

171. La Corte no se pronunciará con respecto a la anterior controversia interna, en virtud de que no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional.[17]

172. El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que "[…] [u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

173. En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana,[18] es decir, debe hacerse una interpretación pro persona. No hay lugar a dudas de que la participación que pudieran haber tenido los militares investigados al "conoc[er] de las actividades delictivas de grupos al margen de la Ley, […] prestá[ndoles] apoyo y cohonesta[ndo] los acontecimientos delictivos" (supra párr. 169) de la detención, la desaparición y la muerte de los 19 comerciantes, así como en la sustracción de sus vehículos y mercancías, no tiene una relación directa con un servicio o tarea militar. Esta Corte considera que la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de

---

17 Cfr. caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, No. 30, párr. 94.

18 Cfr. Caso Baena Ricardo y otros. Competencia, sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104, párrs. 94, 98, 99 y 100; caso Cantos. Excepciones Preliminares, sentencia del 7 de septiembre de 2001, Serie C, No. 85, párr. 37; y caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares, sentencia del 1 de septiembre de 2001, Serie C, No. 82, párrs. 75 y 86.

los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.

174. El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor, implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos (infra párr. 263).

175. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana".[19] Al respecto, la Corte ha advertido que:

> [...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.[20]

176. El Tribunal ha indicado que sólo si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcio-

---

19 Caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 126; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 120; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 143.

20 Ibídem.

nado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y habrá cumplido con su obligación general de investigar y sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad, no sólo sobre el paradero de sus restos mortales sino sobre todo lo sucedido a la víctima.[21]

177. Por todo lo anterior, la Corte concluye que Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño) y sus familiares.

b) Las actuaciones en la jurisdicción ordinaria

178. Ha quedado establecido que en la jurisdicción ordinaria se tramitaron procesos ante los tribunales penales (supra párrs. 88, 89 y 90) y que no fue abierta ninguna investigación contra miembros de la Fuerza Pública en la jurisdicción disciplinaria, a pesar de que la Consejería para los Derechos Humanos de la Presidencia de la República solicitó al Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos que se estudiara la posibilidad de reabrir la investigación disciplinaria (supra párr. 92).

---

[21] Cfr. caso Trujillo Oroza. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C, No. 92, párr. 109; caso Bámaca Velásquez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C, No. 91, párr. 75; y caso Caballero Delgado y Santana, supra nota 148, párr. 58.

179. Asimismo, el Estado informó que se encuentran en trámite diversas demandas de reparación directa que fueron planteadas por familiares de 14 de las víctimas entre 1997 y 1998 ante el Tribunal Administrativo de Santander contra el Estado, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional. Sin embargo, según la referida certificación presentada por Colombia, en estos procesos no se han emitido sentencias ni se ha proferido auto de traslado para alegaciones de conclusión (supra párr. 91). Al respecto, la Corte hace notar que han transcurrido aproximadamente siete años desde que tales demandas fueron interpuestas y que a la fecha de la presente sentencia no han sido resueltas por el referido tribunal administrativo.

180. Con respecto a los procesos penales de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal analizará la alegada violación a los artículos 8.1 y 25 desde dos perspectivas: el respeto al principio del plazo razonable y la efectividad de los procesos.

181. La Corte recuerda que el derecho internacional de los derechos humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el derecho internacional de los derechos humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.[22] En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna.[23] Como lo ha señalado en otras ocasiones,[24] en el presente caso la Corte tiene atribuciones, no para

---

[22] Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 142; caso "Cinco Pensionistas", supra nota 147, párr. 163; y caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 13, párr. 154.

[23] Cfr. caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de enero de 1999, Serie C, No. 49, párr. 47.

[24] Cfr. caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 147, párr. 223; y caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 161, párr. 90.

investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en las violaciones, sino para establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. En este caso, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias condenatorias por las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.

182. En casos similares, esta Corte ha establecido que "[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos".[25]

183. La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones de los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia.[26]

184. Esta Corte ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse "con seriedad y no como una simple for-

---

[25] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 200; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147; y caso Bámaca Velásquez, supra nota 151, párr. 188.

[26] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 153; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 111; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 110. En igual sentido, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 3, supra nota 123; María Fanny Suárez de Guerrero c. Colombia. Comunicación No. R.11/45 (5 de febrero de 1979), UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) en 137 (1982), p. 137.

malidad condenada de antemano a ser infructuosa".[27] La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación "[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".[28]

185. La Corte ha dicho que "el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu".[29] Interpretado de esa manera, el mencionado texto

> comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto *"todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia"* (Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas artículo 1.2).[30]

186. Este Tribunal también ha señalado que:

> [...] del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.[31]

---

27 Cfr. caso Bulacio, supra nota 3, párr. 112; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 144; y caso Bámaca Velásquez, supra nota 151, párr. 212.

28 Cfr. caso Bulacio, supra nota 3, párr. 112; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 144; y caso Bámaca Velásquez, supra nota 151, párr. 212.

29 Cfr. caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 58; caso Durand y Ugarte, supra nota 160, párr. 128; y caso Blake, supra nota 151, párr. 96.

30 Caso Durand y Ugarte, supra nota 160, párr. 128; y caso Blake, supra nota 151, párr. 97.

31 Caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 59; caso Durand y Ugarte, supra nota 160, párr. 129; y caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 147, párr. 227.

187. En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido.[32]

188. El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.[33]

189. Para analizar si el Estado respetó el principio del plazo razonable en los procesos internos destinados a investigar lo sucedido a las 19 presuntas víctimas, es preciso indicar que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto y que, particularmente en materia penal, el plazo razonable debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.[34]

190. Con respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.[35]

---

[32] Cfr. caso Las Palmeras, supra nota 160; y caso Durand y Ugarte, supra nota 160, párr. 130.

[33] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3; párr. 209; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 114; y caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 150, párrs. 142 a 145.

[34] Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 120; caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 150; y caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35, párr. 71.

[35] Cfr. caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 150, párr. 143; caso Suárez Rosero, supra nota 180, párr.72; y caso Genie Lacayo, supra nota 163, párr. 77. En igual sentido cfr. Corte Europea de Derechos Humanos,

191. La Corte considera que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales.[36] Corresponde al Estado exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados.

192. Con respecto a la efectividad de los recursos, es preciso indicar que la Corte ha enfatizado que:

> […] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. […] [N]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.[37]

193. La Corte ha reiterado que no basta con que se prevea la existencia de recursos,[38] si éstos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía

---

Motta c. Italy, sentencia del 19 de febrero de 1991, Serie A, No. 195-A, párr. 30; Corte Europea de Derechos Humanos, Ruiz-Mateos c. Spain, sentencia de 23 de junio de 1993, Serie A, No. 262, párr. 30.

36 Cfr. caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 150, párr. 145.

37 Cfr. caso Baena Ricardo y otros. Competencia, supra nota 164, párr. 77; caso "Cinco Pensionistas", supra nota 147, párr. 126; y caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 58.

38 Cfr. caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 150, párr. 150; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 13, párr. 114; y caso del Tribunal Constitucional, supra nota 150, párr. 90.

de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".[39] Esta garantía de protección de los derechos de los individuos no supone sólo el resguardo directo a la persona vulnerada sino, además, a los familiares, quienes por los acontecimientos y circunstancias particulares del caso, son quienes ejercen la reclamación en el orden interno.[40]

194. Asimismo, la Corte ha dicho que el artículo 25.1 de la Convención incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar tales derechos. Como ya el Tribunal ha señalado, según la Convención

> [l]os Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.[41]

195. La Corte ha constatado que a pesar que desde el 27 de octubre de 1987 el juez octavo de Instrucción Criminal de Cimitarra, Santander, ordenó la apertura de la indagación preliminar, fue hasta el 10 de febrero de 1995 que la Fiscalía Regional de Cúcuta (Departamento Norte de Santander) ordenó la apertura de instrucción y

---

39 Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 121; caso Cantos, supra nota 150, párr. 52; y caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 150, párr. 150.

40 Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párrs. 132 y 136; caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 61; y caso Bámaca Velásquez, supra nota 151, párrs. 195 y 196.

41 Cfr. caso Las Palmeras, supra nota 160, párr. 60; caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, No. 3, párr. 93; y caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, No. 2, párr. 90.

vinculó a través de indagatoria a cuatro civiles por los delitos de secuestro y homicidio, es decir, que no se vinculó a ninguna persona a la investigación penal durante más de siete años.

196. Con respecto a la referida duración de la indagación preliminar en el proceso penal interno ante el Juzgado Regional de Cúcuta, el Tribunal Nacional, al conocer en segunda instancia de lo decidido por dicho juzgado el 28 de mayo de 1997, indicó en su sentencia de 14 de abril de 1998 que:

> No obstante que lo anterior se estableció en la indagación preliminar en forma fehaciente apenas un año después de los sucesos, la misma continuó sin dar paso a la necesaria apertura de la investigación y consecuente orden de vinculación de, por lo menos, los principales autores intelectuales y materiales de la horrenda masacre, e *injustificadamente se extendió esta etapa por algo más de siete años,* período en el que se supo de la muerte violenta de Gonzalo Pérez, Henry de Jesús Pérez y Marcelo Pérez Durán –ocurridas entre julio y septiembre de 1991–, y luego de recepcionar el 1º de septiembre de 1994 la declaración del testigo "Clave Pablo", la cual no sólo corroboró el acaecer relatado en párrafos anteriores, sino que puso al descubierto la participación de altos mandos militares en los execrables hechos, y de otras personas como Nelson Lesmes Leguizamón, Wilson de Jesús Pérez Durán, Carlos Alberto Yepes Londoño y Marceliano Panesso Ocampo, *se produjo, al fin, la apertura de la investigación el 10 de febrero de 1995* (énfasis agregado).

197. Asimismo, el Tribunal Nacional hizo notar que "los familiares de los diecinueve desaparecidos" aportaron información en la referida indagación preliminar, "en el sentido de que aquellos habían sido asesinados por un grupo de las autodefensas que en aquel entonces campeaban en el Magdalena Medio con la complacencia y auspicio de los comandantes de Batallones Militares instalados en esa región", y que esta información fue corroborada "con las declaraciones de los testigos Robinson Gutiérrez de la Cruz, Aucares de Jesús y Jesús Anibal Betancourt Ortiz […] recibidas entre junio y septiembre de 1988".

198. El referido proceso penal ordinario ante el Juzgado Regional de Cúcuta inició el 27 de octubre de 1987 y culminó el 25 de abril de 2002, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia de segunda instancia, de manera que se mantuvo la condena. Es decir, este primer proceso que se inició en la jurisdicción penal ordinaria tuvo una duración de más de catorce años.

199. Corresponde en este momento al Tribunal referirse a la cuestión del requisito del agotamiento de los recursos internos planteada por el Estado (supra párr. 158.a). El artículo 46 de la Convención estipula que:

> 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
>
> a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; […]
>
> 2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: […]
>
> c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

200. En el presente caso en la fecha en que se presentó la denuncia ante la Comisión Interamericana, el 6 de marzo de 1996, habían transcurrido más de ocho años de ocurrida la desaparición de los 19 comerciantes, sin que los tribunales internos hubieran emitido ninguna sentencia en relación con la investigación de los hechos de este caso. El Tribunal considera que, conforme a las anteriores consideraciones en este caso, se configura la excepción al requisito del agotamiento de los recursos internos indicada en el artículo 46.2.c) de la Convención.

201. En la jurisdicción penal ordinaria también se desarrollaron otros dos procesos, los cuales se iniciaron nueve años después de ocurrida la desaparición de los 19 comerciantes, a saber:

a) en 1996 el Fiscal Regional de la Unidad de Derechos Humanos ordenó iniciar una investigación penal contra cinco civiles por los delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado y hurto calificado. El 25 de mayo de 1999 el Fiscal Regional de la Unidad Nacional de Derechos Humanos dictó resolución de sustanciación, en la cual dispuso el cierre de la investigación. Sin embargo, hasta más de dos años después, el 23 de marzo de 2001, el Juez Único Penal del Circuito Especializado de San Gil (departamento de Santander) emitió la sentencia condenatoria de primera instancia contra cuatro de los imputados vinculados a la investigación. El 19 de octubre de 2001 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil (departamento de Santander) dictó sentencia de segunda instancia, mediante la cual absolvió a una de las personas imputadas. Posteriormente, el 11 de marzo de 2003 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió no admitir la demanda de casación interpuesta contra la sentencia de segunda instancia. Este proceso en la jurisdicción penal ordinaria tuvo una duración aproximada de seis años; y

b) en 1995 el Fiscal Regional de Cúcuta vinculó a la investigación a un civil y, cuatro años después, el 7 de octubre de 1999, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de San Gil emitió sentencia anticipada condenándolo por el delito de secuestro extorsivo. Este proceso duró aproximadamente cuatro años.

202. En síntesis, los resultados de los referidos procesos penales en la jurisdicción ordinaria fueron los siguientes:

i) respecto de lo sucedido a las primeras 17 presuntas víctimas, se condenó a dos civiles como autores del delito de homicidio agravado de los 17 comerciantes a las penas de 30 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años (supra párr. 88.f, 88.h y 88.m). Asimismo, se condenó a otro civil como autor de dicho delito (supra párr. 88.f y 88.h); sin embargo, este imputado murió mientras se encontraba pendiente

de resolver un recurso de casación, por lo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró la extinción de la acción penal por la muerte del procesado (supra párr. 88.i);

ii) respecto de lo sucedido a las primeras 17 presuntas víctimas, se condenó a dos civiles como cómplices del delito de homicidio agravado a las penas de 23 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años (supra párr. 88.f, 88.h, 88.j y 88.m);

iii) respecto de lo sucedido a las primeras 17 presuntas víctimas, se condenó, mediante sentencia anticipada, a un civil por el delito de secuestro extorsivo a las penas de 10 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años (supra párr. 88.k); y

iv) respecto de lo sucedido a Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz, se condenó, mediante sentencia anticipada, a un civil por el delito de secuestro extorsivo a las penas de 10 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años (supra párr. 88.k). Asimismo el Tribunal Nacional, al dictar sentencia de segunda instancia, absolvió a tres imputados por los delitos de homicidio y secuestro extorsivo en perjuicio de los señores Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz (supra párr. 88.h), respecto de lo cual señaló que "pese [a] considerarse demostrada también la muerte de Juan Montero y Ferney Fernández por parte del mismo grupo al margen de la ley, dentro del plenario las pruebas aportadas no permiten determinar o individualizar en forma concreta quiénes actuaron en calidad de autores intelectuales, materiales o cómplices". El Juzgado Penal del Circuito Especializado de San Gil absolvió a otras tres personas de los delitos de homicidio y secuestro extorsivo en perjuicio de los señores Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz (supra párr. 88.m) y, al res-

> pecto, concluyó que no "exist[ía] prueba […] que permit[iera] individualizar quién[es] fueron los autores" de los homicidios de Juan Montero y Ferney Fernández; sin embargo, señaló que "se puede responsabilizar a e[se] mismo grupo" dirigido por Gonzálo, Henry y Marcelo Pérez.

203. Al analizar los criterios que se deben tomar en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso (supra párr. 190), esta Corte ha constatado que a pesar de que se trataba de un caso complejo, desde un inicio de la investigación fueron allegados al proceso importantes elementos probatorios que habrían permitido una actuación más diligente y rápida de las autoridades judiciales en cuanto a la apertura de la investigación, determinación del paradero de los restos de los 19 comerciantes, y sanción de los responsables. La Corte considera que el proceso que se siguió en la jurisdicción penal ordinaria ante el Juzgado Regional de Cúcuta desconoció el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana.

204. Con fundamento en las consideraciones precedentes, puede afirmarse que al realizar un estudio global de los procesos tramitados para investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar y sancionar a los responsables, el Estado no observó el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Asimismo, la Corte considera que dichos procesos no han sido efectivos en cuanto a la búsqueda de los restos mortales de los 19 comerciantes, lo cual ha causado y continúa causando un sufrimiento intenso a sus familiares.

205. Por lo anteriormente expuesto, la Corte declara que el Estado violó, en perjuicio de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José

Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño) y de sus familiares, los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

206. En cuanto al señor Alexander Fernández Piraneque y a la señora Lina Noralba Navarro Flórez, incluidos en la lista de beneficiarios por la Comisión en su condición de sobrino de la víctima José Ferney Fernández Díaz y de sobrina de la víctima Antonio Flórez Contreras, respectivamente, la Corte considera que estos familiares no son víctimas de las violaciones a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y acreedores de reparación, en virtud de que no se ha probado que tuvieran un vínculo estrecho con las víctimas.

IX
Violación del artículo 5 en relación con el artículo 1.1 Respecto de los familiares

(Derecho a la integridad personal)

Alegatos de la Comisión

207. En cuanto a la violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de los 19 comerciantes, la Comisión alegó que con el objeto de determinar la violación a la integridad psíquica y moral de los familiares de las presuntas víctimas, se deben tener en consideración las circunstancias en las cuales se produjo la violación del derecho a la vida, "así como la impunidad y el salvajismo con los cuales fueron desechados los cuerpos de las víctimas", hechos que causaron gran dolor y tormento a sus familiares, quienes

probablemente nunca lograrán recuperar, sepultar y honrar los restos de sus seres queridos. Además, las autoridades estatales mostraron indiferencia ante lo sucedido a las presuntas víctimas, ya que omitieron participar en su búsqueda. Tales situaciones constituyen un trato cruel e inhumano en perjuicio de la integridad psíquica y moral de los familiares de las presuntas víctimas, en los términos del artículo 5 de la Convención Americana.

Alegatos del Estado

208. Con respecto a la violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de las presuntas víctimas, el Estado manifestó que:

a) los procesos contencioso administrativos que se encuentran pendientes "determinarán si tal violación se dio según se deduzca y establezca en las mismas obligaciones y responsabilidades indemnizatorias por parte del Estado colombiano". Además, no está probado que los familiares de las presuntas víctimas hubieran requerido apoyo para buscarlas; lo que está probado es que cuando algunos de ellos fueron a buscar a sus familiares también fueron víctimas de la acción delictiva;

b) "[e]l resultado de las pruebas recaudadas dentro de los procesos internos, […] así como la existencia de varias sentencias penales permiten concluir que el Estado colombiano no ha violado ni directa ni indirectamente" el artículo 5 de la Convención; y

c) no es responsable de la alegada violación, "teniendo en cuenta los pronunciamientos que sobre perjuicios morales y materiales realizaron los jueces penales en la jurisdicción interna, en donde se estableció la responsabilidad y monto de indemnizaciones […]".

Consideraciones de la Corte

209. El artículo 5 de la Convención Americana establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
>
> 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. […]

210. En reiteradas oportunidades la Corte ha considerado que se ha violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas directas, por el sufrimiento adicional que estos familiares han padecido como consecuencia de las circunstancias generadas por las violaciones perpetradas contra las víctimas directas y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, por ejemplo, respecto a la búsqueda de las víctimas o sus restos, así como respecto al trato dado a estos últimos.[42]

211. En el presente caso ha quedado demostrado que, como consecuencia directa de la desaparición de los 19 comerciantes, sus familiares han padecido un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral, causados por todas las circunstancias posteriores a la referida desaparición que se explican seguidamente.

212.Los cuerpos de las víctimas fueron descuartizados y lanzados a un río, con el propósito de hacerlos desaparecer para que no fueran encontrados ni identificados, lo cual efectivamente sucedió

---

[42] Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 101; caso Bámaca Velásquez, supra nota 151, párr. 160; y *caso Blake*, supra nota 151, párr. 114.

(supra párr. 85.f, 85.h y 85.l). Esta situación ha provocado gran dolor e incertidumbre en los familiares de las víctimas por no saber su paradero y no poder honrar sus restos conforme a sus creencias y costumbres.

213. Los testimonios de los familiares de las víctimas han demostrado que en este caso hubo una falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda inmediata de las víctimas, lo cual provocó que los familiares de éstos tuvieran que formar "comités de búsqueda" y poner sus vidas en peligro al recorrer las zonas por las que pasaron los primeros 17 comerciantes, ya que recibieron amenazas de los "paramilitares" para que dejaran de buscar a sus familiares. Al respecto, es preciso resaltar que cuando los señores Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz fueron en búsqueda de las víctimas que fueron desaparecidas el 6 de octubre de 1987, "corrieron la misma suerte" que los primeros 17 desaparecidos; es decir, fueron desaparecidos, con lo cual quedó muy claro que aquel familiar que buscara a los desaparecidos corría el peligro inminente de morir. Las anteriores situaciones generaron gran impotencia, inseguridad y angustia en los familiares de las víctimas, ya que pasaban los días sin que las autoridades realizaran una búsqueda seria de los desaparecidos, sin tener noticia de sus familiares y al mismo tiempo sin poder ir a la zona de los hechos para buscarlos pues podrían perder la vida.

214. En este sentido, cabe resaltar que se ha probado que los familiares del señor Antonio Flórez Contreras, aún después de tan deplorables hechos, continuaron emprendiendo acciones de búsqueda, para lo cual su compañera permanente formó parte de la Asociación de Familiares Detenidos y Desaparecidos (Asfaddes), por lo cual la familia recibió amenazas y sufrió diversos atentados, a raíz de los cuales tuvieron que cambiar de residencia varias veces hasta que se vieron obligados a exiliarse (supra párrs. 71.c y 72.d).

215. Las consecuencias de la demora en la investigación y sanción de los civiles que participaron en las violaciones también provocó gran incertidumbre en los familiares de los 19 comerciantes,

ya que la primera sentencia penal se emitió el 28 de mayo de 1997, casi diez años después de ocurridas las desapariciones. Durante este largo periodo los familiares de las víctimas recibieron diversas versiones sobre lo ocurrido, inclusive por medios de comunicación.

216. Finalmente, los familiares de las víctimas han sentido durante más de dieciséis años la impotencia derivada de que tribunales militares incompetentes llevaron adelante la investigación y procesamiento de los miembros de la Fuerza Pública en relación con las violaciones en perjuicio de los 19 comerciantes, quedando en la impunidad la participación de los agentes estatales en las violaciones cometidas contra los 19 comerciantes.

217. Por lo expuesto, la Corte concluye que los familiares de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño) han sido víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo cual constituye una violación, por parte del Estado, al artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

218. En cuanto al señor Alexander Fernández Piraneque y a la señora Lina Noralba Navarro Flórez, incluidos en la lista de beneficiarios por la Comisión en su condición de sobrino de la víctima José Ferney Fernández Díaz y de sobrina de la víctima Antonio Flórez Contreras, respectivamente, la Corte considera que estos familiares no son víctimas de la violación al artículo 5 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y acreedores de reparación, en virtud de que no se ha probado que tuvieran un vínculo estrecho con las víctimas.

X
Reparaciones
Aplicación del artículo 63.1

Obligación de reparar

219. De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, la Corte decidió que el Estado es responsable por la violación de los artículos 7 y 4 de la Convención Americana en perjuicio de los 19 comerciantes y de los artículos 5, 8.1 y 25 de la misma en perjuicio de los 19 comerciantes y de sus familiares, todos en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia constante que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.[43] A tales efectos, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual,

> [c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

220. Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma

---

[43] Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 141; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 234; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 70.

internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.[44]

221. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.[45] El Estado obligado no puede invocar las disposiciones de derecho interno para modificar o incumplir sus obligaciones de reparar, las cuales son reguladas en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional.[46]

222. Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones de derechos humanos, como el presente, no es posible la *restitutio in integrum,* por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso.[47]

223. Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño

---

44 Cfr. caso Baena Ricardo y otros. Competencia, supra nota 164, párr. 65; caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 142; y caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 235.

45 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 143; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 236; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 72.

46 Idem.

47 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 144; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 73 y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 150.

ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.[48] En este sentido, las reparaciones que se establezcan deben guardar relación con las violaciones declaradas anteriormente.

224. De conformidad con los elementos probatorios recogidos durante el proceso y a la luz de los anteriores criterios, la Corte procede a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión respecto a las reparaciones, con el objeto de determinar, en primer lugar, quiénes son los beneficiarios de las reparaciones, para luego disponer las medidas de reparación tendientes a reparar los daños materiales e inmateriales, otras formas de reparación y, por último, lo relativo a costas y gastos.

A) Beneficiarios

Alegatos de la Comisión

225. Al respecto, la Comisión alegó que:

a) los beneficiarios de las reparaciones son las 19 víctimas directas, así como también sus familiares, estos últimos en primer término, como causahabientes de las víctimas y, en segundo término, en su condición de víctimas de la violación de los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Al respecto, la Comisión señaló el nombre y parentesco de los familiares de 16 de los comerciantes, que considera titulares de la reparación;

---

[48] Cfr. caso Cantos, supra nota 150, párr. 68; caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párr. 78; y caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 150, párr. 205.

b) con respecto a los comerciantes Huber Pérez, Juan Bautista y Alberto Gómez indicó que "[n]o se cuenta con ninguna información que indique quiénes pueden ser los familiares de [dichas víctimas] que sean beneficiarios de una reparación en este caso", y manifestó que es deber del Estado ubicar, identificar y reparar a los familiares de esas tres víctimas "de la manera como lo establezca la Corte"; y
c) la Comisión señaló que el listado aportado de los beneficiarios de las reparaciones "no ha sido objetado en su contenido ni autenticidad por el [...] Estado".

Alegatos del Estado

226. El Estado indicó que no reconoce "obligación alguna de reparar" debido a que a la fecha de presentación de sus observaciones sobre eventuales reparaciones y costas no se había probado ningún hecho ilícito que le fuera imputable. Sin embargo, en relación con los beneficiarios de las reparaciones solicitadas por la Comisión manifestó que no existe prueba "que demuestre el grado de cercanía de los hermanos de las [presuntas] víctimas con ell[a]s o su dependencia económica que permita deducir derecho a indemnización alguna, tampoco en aquellos casos donde comparecen compañeras permanentes u otros parientes diferentes a los padres, esposos o hijos[,] respecto de los cuales puede obrar presunción de afecto". En sus alegatos finales orales el Estado señaló que "los testimonios [rendidos en la audiencia pública] enriquecieron el caso con detalles sobre relaciones familiares y actividades económicas de las víctimas y algunas relaciones de dependencia".

Consideraciones de la Corte

227. La Corte procederá ahora a determinar cuáles personas deben considerarse como "parte lesionada" en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana.

228. En primer término, la Corte considera como "parte lesionada" a los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño) en su carácter de víctimas de las violaciones de los artículos 7, 5, 4, 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por lo que serán acreedores de las reparaciones que fije el Tribunal, tanto en relación al daño material, cuando corresponda, como en relación al daño inmaterial.

229. Además, los familiares de las víctimas serán acreedores de las reparaciones que el Tribunal fije en su carácter de víctimas directas de las violaciones de los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, así como de aquellas que fije la Corte en su carácter de lesionados como consecuencia directa de las violaciones cometidas en perjuicio de las 19 víctimas. En este sentido, el Tribunal presume que los sufrimientos y muerte de una persona ocasionan a sus hijos,[49] cónyuge o compañera,[50] padres y hermanos un daño inmaterial,[51] por lo cual no es necesario demostrarlo.[52]

---

[49] Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 169.a); caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 195, párrs. 108, 125, 143, 174; y caso Suárez Rosero. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 20 de enero de 1999, Serie C, No. 44, párr. 66.

[50] Cfr. caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 195, párrs. 173 y 174; caso Cesti Hurtado. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 31 de mayo de 2001, Serie C, No. 78, párr. 54; y caso Suárez Rosero. Reparaciones, supra nota 195, párr. 66.

[51] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párrs. 245, 264.c), 264.f); caso

230. En segundo lugar, la distribución de las indemnizaciones entre los familiares de los 19 comerciantes, por concepto del lucro cesante y del daño inmaterial correspondiente a las 19 víctimas, se hará de la siguiente manera:

a) el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización se repartirá, por partes iguales, entre los hijos de cada una de las víctimas. Si uno o varios de los hijos hubieren fallecido ya, la parte que le o les corresponda acrecerá a las de los demás hijos de la misma víctima;
b) el veinticinco por ciento (25%) de la indemnización deberá ser entregada a quien fuera la cónyuge o la compañera permanente de la víctima, al momento de la muerte de ésta. En el caso de la esposa y compañera permanente de la víctima Álvaro Camargo (supra párr. 100.b), se repartirá en partes iguales entre ambas;
c) el veinticinco por ciento (25%) de la indemnización será entregado a los padres. Si uno de los padres ha muerto, la parte que le corresponde acrecerá a la del otro;
d) en el caso de que la víctima no tuviere hijos ni cónyuge ni compañera permanente, la indemnización se distribuirá así: el cincuenta por ciento (50%) se les entregará a sus padres, y el restante cincuenta por ciento (50%) se repartirá por partes iguales entre los hermanos de dicha víctima; y
e) en el evento que no existieren familiares en alguna o algunas de las categorías definidas en los literales anteriores, lo que le hubiere correspondido a los familiares ubicados en esa o esas categorías, acrecerá proporcionalmente a la parte que les corresponda a las restantes.

Trujillo Oroza, Reparaciones, supra nota 167, párr. 57; y caso Cantoral Benavides. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C, No. 88, párrs. 37 y 61 a) y d).

52 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párrs. 169 y 169.b); caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 264; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 98.

231. En el caso de los familiares de las víctimas, acreedores de indemnización según lo establecido en la presente sentencia, que hubieren fallecido, se aplicarán los mismos criterios de distribución de la indemnización indicados en el párrafo 230 de la presente sentencia.

232. En cuanto al señor José Erasmo Barrera, acreditado como primo de la víctima Ángel María Barrera Sánchez, éste será tratado como hermano del señor Barrera Sánchez, en virtud de que convivían en la misma casa y era como un hermano para la víctima, además de que participó en su búsqueda (supra párr. 96.b e infra párr. 242).[53] La Corte ha establecido (supra párrs. 206 y 218) que el señor Alexander Fernández Piraneque y a la señora Lina Noralba Navarro Flórez, incluidos en la lista de beneficiarios por la Comisión en su condición de sobrino de la víctima José Ferney Fernández Díaz y de sobrina de la víctima Antonio Flórez Contreras, respectivamente, no son víctimas de las violaciones de los artículos 5, 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y consecuentemente no son acreedores de reparación, en virtud de que no se ha probado que tuvieran un vínculo estrecho con las víctimas.

233. Finalmente, en cuanto a los familiares de los comerciantes Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño), respecto de quienes no se cuenta con la información necesaria para identificarlos (supra párrs. 109, 110 y 111), la Corte considera indispensable que el Estado tome las acciones necesarias para encontrarlos y entregarles las reparaciones que les correspondan. Con este fin, Colombia deberá, entre otras gestiones, publicar en un medio de radiodifusión, un medio de televisión y un medio de prensa escrita, todos ellos de cobertura nacional, un anuncio mediante el cual se indique que se está intentando localizar a los familiares de los señores Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo

---

[53] Cfr. caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párrs. 91.c) y 105; y caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 195, párr. 109.

apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño), para otorgarles una reparación en relación con los hechos de este caso. Es preciso que en dichas publicaciones el Estado especifique que se trata de los comerciantes que partieron el 4 de octubre de 1987 desde Cúcuta hacia Medellín en un camión rojo y blanco placas UZ-265, una camioneta placas XK-3363 color azul, crema y rojo, un taxi placa UR-3780 color negro y amarillo y un jeep Nissan placas MC-2867 color azul y blanco, trasportando mercancías para venderlas y fueron detenidos y desaparecidos el 6 de octubre de 1987 por miembros del grupo "paramilitar" o grupo delictivo que operaba en el municipio de Puerto Boyacá y cuya última indicación oficial fue que fueron requisados por miembros de las Fuerzas Militares al pasar por el caserío de Puerto Araújo.

234. Dicha publicación deberá efectuarse al menos en 3 días no consecutivos y en el término de seis meses siguientes a la notificación de la presente sentencia. Las grabaciones o, en su caso, las copias de dichos anuncios, así como la indicación exacta de los medios y fechas en que éstos fueron publicados, deberán ser presentadas a la Corte para que sean consideradas dentro de la supervisión del cumplimiento de esta sentencia.

235. De conformidad con las anteriores consideraciones, los nombres y calidades de los familiares de los 19 comerciantes son los que se indican en el siguiente cuadro:

Comerciantes	Familiares
1. Álvaro Lobo Pacheco	a) María Cristina Pacheco Rojas de Lobo (madre) b) Marco Aurelio Lobo Pineda (padre) (q.e.p.d.) c) Lubin Alfonso Lobo Pacheco (hermano) d) Aurelio Lobo Pacheco (hermano) e) Nahún Lobo Pacheco (hermano) f) Eliécer Lobo Pacheco (hermano) g) Mariela Lobo Pacheco (hermana) h) Marina Lobo Pacheco (hermana) i) Aristóbulo Lobo Pacheco (hermano)

Comerciantes	Familiares
2. Gerson Javier Rodríguez Quintero	a) Edilia Rosa Quintero de Rodríguez (madre) (q.e.p.d.) b) Eliécer Rodríguez Pallares (padre) (q.e.p.d.) c) Wilmar Rodríguez Quintero (hermano) d) Yimmy Efraín Rodríguez Quintero (hermano)
3. Israel Pundor Quintero	a) Yamid Pundor Lobo (hijo) b) Leidy Pundor Lobo (hija) c) Nancy Estela Lobo Acosta (compañera permanente) d) Ana Diva Quintero Quintero de Pundor (madre) e) Fermín Pundor Palacio (padre) f) Luis José Pundor Quintero (hermano)
4. Ángel María Barrera Sánchez	a) Ramón Barrera Sánchez (padre) (q.e.p.d.) b) Delfina Sánchez de Barrera (madre) (q.e.p.d.) c) Carmen Rosa Barrera Sánchez (hermana) d) José de Jesús Barrera Sánchez (hermano) e) José Erasmo Barrera (primo)
5. Antonio Flórez Contreras	a) Alejandro Flórez Pérez (hijo) b) Angélica Librada Flórez Pérez (hija) c) Nixon Andrés Flórez Pérez (hijo) d) Magreth Karina Flórez Pérez (hija) e) Luis Antonio Villamizar Pérez (hijo de crianza) f) Luz Marina Pérez Quintero (compañera permanente) g) Librada Contreras de Flórez (madre) h) Salomón Flórez Contreras (hermano) i) Jorge Flórez Contreras (hermano) j) Amelia Rosa Flórez Contreras (hermana) k) Libardo Flórez Contreras (hermano) l) Margoth del Carmen Flórez Contreras (hermana) (q.e.p.d.) m) Aydee Flórez Contreras (hermana) n) Torcoroma Flórez Contreras (hermana) o) Edilsa Flórez Contreras (hermana) p) Nery del Socorro Flórez Contreras (hermana)

Comerciantes	Familiares
6. Carlos Arturo Riatiga Carvajal	Luz Marina (o María) Arias Ortega (compañera permanente)
7. Víctor Manuel Ayala Sánchez	a) Víctor Hugo Ayala Mantilla (hijo) b) Juan Manuel Ayala Montero (hijo) c) Sandra Catherine Ayala Montero (hija) d) Sandra Belinda Montero Fuentes (cónyuge) e) Manuel Ayala Mantilla (padre) f) Braulia Sánchez de Mantilla (madre) g) Cecilia Mantilla Sánchez (hermana) h) Socorro Mantilla Sánchez (hermana) i) Esperanza Mantilla Sánchez (hermana) j) Álvaro Ayala Sánchez (hermano) k) Evila Mantilla Sánchez (hermana) l) Myriam Mantilla Sánchez (hermana) m) Martha Patricia Mantilla Sánchez (hermana) n) Jairo Mantilla Sánchez (hermano)
8. Alirio Chaparro Murillo	a) Yeinny Alexandra Chaparro Ariza (hija) b) Angie Vinllely Chaparro Ariza (hija) c) Rita Ariza Flórez (compañera permanente) d) Juan de Jesús Chaparro Orozco (padre) e) Ana Murillo Delgado de Chaparro (madre) f) Luis José Chaparro Murillo (hermano) g) Marco Antonio Chaparro Murillo (hermano) h) Nohemi Chaparro Murillo (hermana) i) Raquel Chaparro Murillo (hermana) j) Mariela Chaparro Murillo (hermana) k) Juan de Jesús Chaparro Murillo (hermano)
9. Álvaro Camargo	a) Nancy Camargo Meléndez (hija) b) Edinson Andrés Camargo Meléndez (hijo) c) Yair Eduardo Camargo Meléndez (hijo) d) Johan Arley Camargo Abril (hijo) e) Elba Marlen Meléndez (cónyuge) f) Elizabeth Abril García (compañera permanente) g) Bernardo Barragán González (padre de crianza)

Comerciantes	Familiares
	h) Leonor Camargo (madre) (q.e.p.d.) i) Germán Barragán Camargo (hermano) j) Myriam Barragán Camargo (hermana) k) Luis Fernando Barragán Camargo (hermano) l) Luz Helena Barragán Camargo (hermana) m) Martha Cecilia Barragán Camargo (hermana) n) Rodolfo Barragán Camargo (hermano) o) Manuel Racero Camargo (hermano) p) Gustavo Camargo (hermano) q) Gloria Amparo Camargo (hermana)
10. Rubén Emilio Pineda Bedoya	a) Juan de Jesús Pineda Miranda (padre) b) Gabriela Bedoya Suescum (madre) c) Samuel de Jesús Pineda Bedoya (hermano) d) Luis Bernabé Pineda Bedoya (hermano) e) Jesús María Pineda Bedoya (hermano) f) Hernán Darío Pineda Bedoya (hermano) g) Carlos Alberto Pineda Bedoya (hermano) h) Jorge Enrique Pineda Bedoya (hermano) i) Ana María Pineda Bedoya (hermana) j) Luz Arcenia Pineda Bedoya (hermana) k) Gloria Isabel Pineda Bedoya (hermana) l) María Briseida Pineda Bedoya (hermana) m) Nubia Pineda Bedoya (hermana)
11. Gilberto Ortiz Sarmiento	a) Rudy Esther Ortiz Álvarez (hija) b) Abdón Ortiz (padre) c) Ana Delina Sarmiento (madre) d) María Elisa Ortiz Sarmiento (hermana) e) Humberto Ortiz Sarmiento (hermano) f) Osvaldo Ortiz Sarmiento (hermano) g) Marleny Ortiz Sarmiento (hermana) h) Evangelina Ortiz Sarmiento (hermana)
12. Reinaldo Corzo Vargas	a) Jorge Corzo Viviescas (padre) b) María Elvinia Vargas Herrera (madre) c) María Elena Corzo Vargas (hermana) d) Fernando Corzo Vargas (hermano) e) Jorge Corzo Vargas (hermano)

Comerciantes	Familiares
	f) Mireya Corzo Vargas (hermana) g) Álvaro Corzo Vargas (hermano) h) Clara Inés Corzo Vargas (hermana) i) Fany Corzo Vargas (hermana)
13. Luis Hernando Jáuregui Jaimes	a) Luis María Jáuregui Jáuregui (padre) (q.e.p.d.) b) Teresa de Jesús Jaimes de Jáuregui (madre) (q.e.p.d.) c) Suney Dinora Jáuregui Jaimes (hermana) d) Marcela Elizabeth Jáuregui Jaimes (hermana) e) Lorena del Pilar Jáuregui Jaimes (hermana) f) Nubia Esperanza Jáuregui Jaimes (hermana)
	g) Eddy Stella Jáuregui Jaimes (hermana) h) Carlos Alberto Jáuregui Jaimes (hermano) i) Sonia Soledad Jáuregui Jaimes (hermana) j) José Francisco Jáuregui Jaimes (hermano) k) Juan Antonio Jáuregui Jaimes (hermano) l) Ruth Cecilia Jáuregui Jaimes (hermana) m) Luz Marleny Angarita Laguado (cónyuge)
14. Luis Domingo Sauza Suárez	a) Nirama Sauza Suárez (hija) b) Yudani Patricia Sauza Cáceres (hija) c) Martha Yolima Sauza Cáceres (hija) d) Luis Omar Sauza Cáceres (hijo) e) Oscar Enrique Sauza Cáceres (hijo) (q.e.p.d.) f) Marina Cáceres (cónyuge) g) Joaquín Sauza Villareal (padre) (q.e.p.d.) h) Rosalbina Suárez Bravo de Uribe (madre) i) Flor Ángela Sauza Suárez (hermana) j) Marco Antonio Sauza Suárez (hermano) k) María Martha Sauza Suárez (hermana) l) Ernestina Sauza Suárez (hermana) m) Alfonso Sauza Suárez (hermano) n) Ofelia Sauza Suárez (hermana)
15. Juan Alberto Montero Fuentes	a) Dina Luz Montero Pinzón (hija) b) Luz Marina Pinzón Reyes (cónyuge) c) Hilda María Fuentes Pérez (madre) d) Juan de la Cruz Montero (padre)

Comerciantes	Familiares
	e) Yimmy Reynel Montero Fuentes (hermano) f) Jacqueline Montero Fuentes (hermana) g) Sandra Belinda Montero Fuentes (hermana)
16. José Ferney Fernández Díaz	a) Lilia Díaz Rubio de Fernández (madre) b) Juan de Dios Fernández Delgado (padre) c) Jorge Julio Fernández Díaz (hermano) d) Elibardo Fernández Díaz (hermano) e) María Dulibia Fernández Díaz (hermana) f) María Celeni Fernández Díaz (hermana) g) María Omaira Fernández Díaz (hermana) h) José Ariel Fernández Díaz (hermano) i) Nelson Fernández Díaz (hermano) j) Alba Unice Fernández Díaz (hermana)
17. Juan Bautista	No se cuenta con la información necesaria para identificarlos, por lo que se determinarán de conformidad con lo estipulado en los párrafos 233 y 234 de la presente sentencia.
18. Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez)	No se cuenta con la información necesaria para identificarlos, por lo que se determinarán de conformidad con lo estipulado en los párrafos 233 y 234 de la presente sentencia.
19. Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño)	No se cuenta con la información necesaria para identificarlos, por lo que se determinarán de conformidad con lo estipulado en los párrafos 233 y 234 de la presente sentencia.

B) Daño material

236. La Corte determinará en este acápite lo correspondiente al daño material, el cual supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo cau-

sal con los hechos del caso *sub judice*,[54] para lo cual fijará un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones que han sido declaradas en la presente sentencia. Para ello, tendrá en cuenta las pruebas reunidas en este caso, la jurisprudencia del propio Tribunal y las alegaciones de la Comisión y del Estado.

Alegatos de la Comisión

237. En cuanto a la indemnización por concepto de daño material, la Comisión señaló que:

a) el lucro cesante debe calcularse con base en los ingresos que tenían los comerciantes por el ejercicio "de su actividad". Al respecto señaló que, ante la imposibilidad de establecer el monto de los ingresos las víctimas, "debe partirse de una cantidad equivalente al sustento considerado como el mínimo vital", para lo cual se puede utilizar el salario mínimo legal vigente a la fecha de los hechos y actualizarlo, y además se deben incluir "las prestaciones sociales";
b) en el anexo 1 del escrito de argumentos sobre las eventuales reparaciones y costas se indican las cantidades que se solicitan por concepto de lucro cesante de cada una de las víctimas. Para realizar tal determinación respecto de cada una de las víctimas se tomó como base el "ingreso básico mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente, que para el año de 1987 ascendía a la suma de $ 22.509.80 [moneda nacional] (básico + auxilio de transporte), más prestaciones sociales equivalentes al 33% de dicho monto básico". Al respecto, los cálculos se realizaron de forma separada por el "lucro cesante

---

[54] Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 155; caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, supra nota 6, párr. 61; y caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 250.

consolidado", es decir, el causado desde octubre de 1987 hasta el 20 de marzo de 2003; y por el "lucro cesante futuro", es decir, el causado desde el 21 de marzo de 2003 hasta la expectativa de vida de cada una de las víctimas. La Comisión indicó las cantidades indemnizatorias que solicita para cada uno de los 19 comerciantes en pesos colombianos; y

c) el daño emergente consiste en los gastos por la búsqueda de las víctimas. La Comisión no solicitó ninguna cantidad específica por concepto de tales gastos.

Alegatos del Estado

238. El Estado indicó que no reconoce "obligación alguna de reparar" debido a que a la fecha de presentación de sus observaciones sobre eventuales reparaciones y costas no se había probado ningún hecho ilícito que le fuera imputable. Sin embargo, al referirse a lo solicitado por la Comisión respecto de las indemnizaciones por concepto de daños materiales, señaló que:

a) no se debe aceptar la solicitud de la Comisión de que se tomen en cuenta las "prestaciones sociales" al establecerse una indemnización por concepto de lucro cesante, en los casos de las víctimas respecto de las cuales se utilice el salario mínimo legal como base de los ingresos, debido a que "ante la imposibilidad de una plena prueba de los ingresos" no se puede incluir las prestaciones sociales porque "no se han causado". Las prestaciones sociales, tales como vacaciones y cesantías, "son mecanismos de protección social que apuntan a la preservación de la capacidad laboral y por eso, con ellas se trata de subsanar de alguna manera el desgaste físico que produce el trabajo. De manera que si el salario mínimo legal mensual es un simple referente para un cálculo, no puede generar las mismas prebendas de un salario que se causa como consecuencia de un trabajo real";

b) en caso de que la Corte llegara a ordenar el pago de indemnizaciones, al determinar los montos se debe tomar en cuenta las presunciones de que "las personas que desaparecieron en un contexto de hechos de violencia y que llevan muchos años de desaparecidas se consideran muertas", así como que a partir de la mayoría de edad toda persona realiza actividades productivas por las cuales percibe, al menos, un ingreso equivalente al "salario mínimo legal vigente", del cual se debe deducir al menos un 50% por concepto de gastos personales. "Esta [última] presunción es muy importante en la tasación de los perjuicios para los beneficiarios que tenían relaciones de dependencia con la [presunta] víctima, ya que tratándose de hijos, ésta se presume sólo hasta alcanzar la mayoría de edad y por lo tanto sólo hasta allí puede calcularse el lucro cesante perdido y no hasta el término probable de vida de la víctima"; y
c) los daños provocados por la muerte de la víctima a sus familiares o a terceros pueden ser reclamados por éstos fundándose en un derecho propio, si se prueba la existencia de una "relación de dependencia efectiva y regular" entre aquéllos y la víctima, de manera que se pueda presumir razonablemente "que el reclamante hubiera tenido una necesidad económica que regularmente era satisfecha con la prestación efectuada por la víctima. En estos casos la carga de la prueba corresponde a los familiares de la víctima o a terceros que aspiren a la reparación".

Consideraciones de la Corte

239. La Corte, teniendo presente la información recibida en el transcurso de este proceso, los hechos considerados probados, las violaciones declaradas y su jurisprudencia constante, declara que la indemnización por daño material en este caso debe comprender los rubros que van a indicarse en este apartado.

a) Pérdida de ingresos

240. En cuanto a los ingresos dejados de percibir por los 19 comerciantes, la Corte, teniendo en cuenta las circunstancias del caso[55] y el salario mínimo legal,[56] fija en equidad la cantidad de US$55.000,00 (cincuenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, para cada uno de ellos. Estas cantidades deberán ser entregadas a los familiares de los 19 comerciantes, según lo estipulado en el párrafo 230 de esta sentencia.

b) Daño emergente

241. En consideración de las pretensiones de las partes, el acervo probatorio, los hechos probados del presente caso y su jurisprudencia, la Corte declara que la indemnización por el daño material en este caso, debe comprender también las indemnizaciones que se disponen seguidamente.

242. Este Tribunal considera que en el presente caso algunos familiares de los 19 comerciantes han incurrido en diversos gastos con el fin de indagar su paradero, ante el encubrimiento de lo ocurrido y la abstención de las autoridades estatales de realizar una búsqueda inmediata de éstos. En este concepto se encuentran incluidos los gastos en que incurrieron los familiares de las víctimas que integraron "comités de búsqueda" de éstas y recorrieron las rutas por las cuales habían pasado los 17 comerciantes, así como también los gastos por visitas a instituciones públicas, gastos por concepto de transporte, hospedaje y otros. Al respecto, se ha acreditado ante la Corte que los familiares de los comerciantes Juan Alberto Montero Fuentes, Víctor Manuel

---

55 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 182; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párrs. 253.1) y 290; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 150.

56 Cfr. caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párr. 88; caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, No. 77, párr. 79; y caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 195, párrs. 116 y 117.

Ayala Sánchez, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Antonio Flórez Contreras, Ángel María Barrera Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Lobo Pacheco, Israel Pundor Quintero, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Rubén Emilio Pineda Bedoya y Reinaldo Corzo Vargas se dedicaron activamente a la búsqueda de las víctimas (supra párr. 85.g y 85.k). La Corte fija, en equidad, la cantidad de US$2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana por concepto de los gastos efectuados por los familiares de las referidas víctimas con el fin de indagar el paradero de éstas. Ese monto total se deberá distribuir de la siguiente manera:

i) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Juan Alberto Montero Fuentes deberá ser entregado a la señora Sandra Belinda Montero Fuentes, hermana de éste;
ii) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Víctor Manuel Ayala Sánchez deberá ser distribuido, en partes iguales, entre la señora Sandra Belinda Montero Fuentes, esposa de éste, el señor Manuel Ayala Mantilla, padre de éste, y la señora Miryam Mantilla Sánchez, hermana de éste;
iii) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Gerson Javier Rodríguez Quintero deberá ser distribuido en un 50% al señor Wilmar Rodríguez Quintero, hermano de éste, y el otro 50% deberá ser distribuido, en partes iguales, entre los hermanos de la víctima, como herederos del monto que corresponde a su madre fallecida;
iv) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Antonio Flórez Contreras deberá ser distribuido en un 50% a la señora Luz Marina Pérez Quintero, compañera permanente de éste, y el otro 50% deberá ser distribuido, en partes iguales, entre los señores Salomón Flórez Contreras y Jorge Flórez Contreras, hermanos de éste;
v) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Ángel María Barrera Sánchez deberá ser distribuido, en partes iguales, entre el señor José de Jesús Barrera Sánchez, hermano de éste y el señor José Erasmo Barrera, primo de éste;

vi) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Alirio Chaparro Murillo deberá ser entregado a la señora Rita Ariza Flórez, compañera permanente de éste;
vii) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Álvaro Lobo Pacheco deberá ser distribuido, en partes iguales, entre los señores Nahún Lobo Pacheco, Marina Lobo Pacheco y Aristóbulo Lobo Pacheco, hermanos de éste;
viii) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Israel Pundor Quintero deberá ser entregado al señor Fermín Pundor Palacio, padre de éste;
ix) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Luis Hernando Jáuregui Jaimes deberá ser entregado a la señora Sonia Soledad Jáuregui Jaimes, hermana de éste;
x) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Rubén Emilio Pineda Bedoya deberá ser entregado al señor Hernán Darío Pineda Bedoya, hermano de éste; y
xi) el monto total correspondiente a la búsqueda de la víctima Reinaldo Corzo Vargas deberá ser entregado al señor Jorge Corzo Vargas, hermano de éste.

243. Con base en lo anterior, la Corte fija como indemnización de los daños materiales ocasionados por las violaciones declaradas en la presente sentencia, las siguientes cantidades:

Indemnizaciones por concepto de daño material

Víctima	Pérdida de ingresos[57]	Gastos por la búsqueda de las víctimas	Total
1. Álvaro Lobo Pacheco	US $55.000,00	US$2.000,00 Distribuir dicha cantidad en partes iguales, entre los señores Nahún Lobo Pacheco, Marina Lobo Pacheco y Aristóbulo Lobo Pacheco.	US $57.000,00

[57] Se distribuirá según lo señalado en el párrafo 230 de esta sentencia.

Víctima	Pérdida de ingresos	Gastos por la búsqueda de las víctimas	Total
2. Gerson Javier Rodríguez Quintero	US $55.000,00	US$2.000,00 Distribuir dicha cantidad en un 50% al señor Wilmar Rodríguez Quintero y el otro 50% deberá ser distribuido en partes iguales entre los hermanos de la víctima.	US $57.000,00
3. Israel Pundor Quintero	US $55.000,00	US$2.000,00 Entregar dicha cantidad al señor Fermín Pundor Palacio.	US $57.000,00
4. Ángel María Barrera Sánchez	US $55.000,00	US$2.000,00 Distribuir dicha cantidad en partes iguales entre los señores José de Jesús Barrera Sánchez y José Erasmo Barrera.	US $57.000,00
5. Antonio Flórez Contreras	US $55.000,00	US$2.000,00 Distribuir dicha cantidad en un 50% a la señora Luz Marina Pérez Quintero y el otro 50% distribuirlo, en partes iguales, entre los señores Salomón Flórez Contreras y Jorge Flórez Contreras.	US $57.000,00
6. Carlos Arturo Riatiga Carvajal	US $55.000,00		US $55.000,00
7. Víctor Manuel Ayala Sánchez	US $55.000,00	US$2.000,00 Distribuir dicha cantidad en partes iguales entre la señora Sandra Belinda Montero Fuentes, el señor Manuel Ayala Mantilla y la señora Miryam Mantilla Sánchez.	US $57.000,00
8. Alirio Chaparro Murillo	US $55.000,00	US$2.000,00 Entregar dicha cantidad a la señora Rita Ariza Flórez.	US $57.000,00
9. Álvaro Camargo	US $55.000,00		US $55.000,00
10. Rubén Emilio Pineda Bedoya	US $55.000,00	US$2.000,00 Entregar dicha cantidad al señor Hernán Darío Pineda Bedoya.	US $57.000,00

Víctima	Pérdida de ingresos	Gastos por la búsqueda de las víctimas	Total
11. Gilberto Ortíz Sarmiento	US $55.000,00		US $55.000,00
12. Reinaldo Corzo Vargas	US $55.000,00	US$2.000,00 Entregar dicha cantidad al señor Jorge Corzo Vargas.	US $57.000,00
13. Luis Hernando Jáuregui Jaimes	US $55.000,00	US$2.000,00 Entregar dicha cantidad a la señora Sonia Soledad Jáuregui Jaimes.	US $57.000,00
14. Luis Domingo Sauza Suárez	US $55.000,00		US $55.000,00
15. Juan Alberto Montero Fuentes	US $55.000,00	US$2.000,00 Entregar dicha cantidad a la señora Sandra Belinda Montero Fuentes.	US $57.000,00
16. José Ferney Fernández Díaz	US $55.000,00		US $55.000,00
17. Juan Bautista	US $55.000,00		US $55.000,00
18. Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez)	US $55.000,00		US $55.000,00
19. Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño)	US $55.000,00		US $55.000,00

C) Daño inmaterial

244. El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas,

así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a las víctimas, de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos. El primer aspecto de la reparación de los daños inmateriales se analizará en esta sección y el segundo en la sección D) en este capítulo.

Alegatos de la Comisión

245. La Comisión solicitó a la Corte que disponga que el Estado debe pagar indemnizaciones compensatorias por concepto del daño inmaterial causado a las víctimas y a sus familiares. Al respecto, la Comisión indicó lo siguiente:

a) la violación de derechos fundamentales como la vida, la integridad y la libertad personales y la protección judicial, así como el dolor padecido por las víctimas y sus familiares, "la trascendencia de éstos en la sociedad colombiana", y la imposibilidad de proceder a la *restitutio in integrum,* requieren de la compensación monetaria como forma de reparación; y
b) se solicitaron indemnizaciones independientes por cada uno de los siguientes conceptos:
i) en beneficio tanto de las víctimas como de sus familiares por los perjuicios causados por la retención indebida, la privación de libertad y la afectación a la integridad personal física, psí-

quica y moral, a que fueron sometidas las víctimas. Estas últimas padecieron "aflicción, dolor y angustia, por causa y con ocasión de la retención y entrega por fuera de la ley, que hicieron de ellos los miembros del Ejército de Colombia a los particulares, paramilitares, quienes las sometieron a tratos indebidos y vejámenes";

ii) en beneficio de los familiares de las víctimas por "la aflicción con ocasión de" su "Desaparición Forzada y/o Muerte Presunta";

iii) en beneficio de las víctimas por las alteraciones en sus condiciones de existencia, es decir, por la modificación anormal del "curso de la existencia" de la víctima en sus ocupaciones, hábitos o proyectos;

iv) en beneficio de las víctimas por "[e]l daño por la pérdida en sí misma de la vida". La Comisión indicó que este daño se debe restablecer "mediante un pago, una vía de reparación por la pérdida de la existencia, de la vida humana, como rubro autónomo del daño";

v) en beneficio de los familiares de las víctimas por "los perjuicios morales por el no acceso material, real y efectivo a la administración de justicia, y/o por denegación de justicia" debido a: a) que no se investigaron oportunamente los hechos, delitos y fallas administrativas "que acontecieron con la retención indebida, desaparición forzada y/o muerte presunta de [los 19] comerciantes"; b) "la [falta de una] correcta investigación penal, que hubiese conducido al esclarecimiento de los hechos y/o castigo efectivo de los autores, agentes estatales y particulares"; c) el "no juzgamiento y/o preclusión y/o cesación de procedimiento a favor de los miembros del Ejército de Colombia involucrados en [los] hechos", y d) la impunidad en beneficio de agentes estatales y particulares involucrados en los hechos; y

vi) en beneficio de los familiares de las víctimas por los perjuicios ocasionados a éstos "derivados de las alteraciones a la vida de relación". Los familiares de las víctimas tuvieron perjuicios psi-

cológicos, afectivos y emocionales como consecuencia de la desaparición forzada de éstas, de la búsqueda de sus restos, de la incertidumbre por desconocer si se encontraban con vida, y de "la angustia y presunción que hoy se podría tener sobre la presunta muerte", todo lo cual causó una alteración en "la forma en que han vivido individualmente y en familia los núcleos familiares en el tiempo transcurrido [desde] la desaparición".

Alegatos del Estado

246. El Estado indicó que no reconoce "obligación alguna de reparar" debido a que a la fecha de presentación de sus observaciones sobre eventuales reparaciones y costas no se había probado ningún hecho ilícito que le fuera imputable. Sin embargo, al referirse a lo solicitado por la Comisión respecto de las indemnizaciones por concepto de daños inmateriales, señaló que:

a) las compensaciones monetarias proceden cuando la naturaleza del perjuicio así lo permite. La indemnización solamente es útil para compensar los daños susceptibles de cuantificación monetaria, incluso de acuerdo con criterios de equidad y razonabilidad. De acuerdo con esto, el derecho de acceder a una pronta y cumplida administración de justicia no puede repararse por medio de una indemnización. Este derecho "se encuentra agotado con las investigaciones cuyos resultados ya se conocen en esta instancia y por lo tanto no hay lugar a reconocimiento de indemnización alguna por tal concepto";
b) se opone "a reparaciones cuyo fundamento fáctico no se encuentra probado debidamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica";
c) son improcedentes todos los perjuicios morales alegados por la Comisión. "[L]os peticionarios confunden la existencia del daño con su cuantificación, de manera que solicitan la segunda sin antes probar la primera, sobre la base equivocada de que para ello bastaría con la declaración de la existencia del hecho imputable al Estado";

d) la Comisión debe probar la existencia del daño y el nexo causal, ya que el daño debe ser probado por quien lo alega. Los perjuicios morales, el "daño existencial" y los "perjuicios derivados de las alteraciones a la vida de relación", todos alegados por la Comisión, deben ser probados; "no cabe con relación a ellos presunción alguna, ni siquiera prueba indiciaria";
e) la Comisión erróneamente deduce que se causaron perjuicios extrapatrimoniales a las víctimas, producto de "hechos cuyas circunstancias de ocurrencia aparecen probadas de manera diferente en los procesos penales";
f) la manifestación de inconformidad con los resultados de los procesos o el desconocimiento de su eficacia no son suficientes para alegar que hay un hecho ilícito imputable al Estado, y que éste ha causado un daño y un perjuicio aún no comprobado;
g) "no hay mesura ni equidad en las pretensiones sobre 'perjuicios inmateriales'[, ya que] se hace una liquidación por cada derecho presuntamente violado, como si el 'Premium dolores' fuera una sumatoria de dolores, separados e independientes en el tiempo y en el espacio";
h) "sin pretender imponer el derecho interno" es preciso señalar que según los parámetros utilizados por los tribunales colombianos "el dolor por la pérdida de un ser querido, tal vez el peor de todos los sufrimientos, ha sido tasado internamente en lo que, actualmente, equivaldría aproximadamente a trece mil dólares". Con base en esto, no es equitativo ni razonable que la Comisión solicite el doble de tal cantidad por concepto de "un perjuicio respecto del cual la mayoría de los familiares de las [presuntas] víctimas se encuentra también como demandante ante la jurisdicción contencioso administrativa";
i) no existe prueba "que demuestre el grado de cercanía de los hermanos de las víctimas con ell[a]s o su dependencia económica que permita deducir derecho a indemnización alguna, tampoco en aquellos casos donde comparecen compañeras permanentes u otros parientes diferentes a los padres, esposos o hijos[,] respecto de los cuales puede obrar presunción de afecto".

Consideraciones de la Corte

247. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye, per se, una forma de reparación.[58] No obstante, por las circunstancias del presente caso, los sufrimientos que los hechos causaron a las víctimas directas y a sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de estos últimos y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos, la Corte estima pertinente el pago de una compensación, conforme a la equidad, por concepto de daños inmateriales.[59]

248. Tal como lo ha señalado la Corte, el daño inmaterial infligido a las víctimas resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes, como los que se cometieron contra los 19 comerciantes (detención ilegal, tratos crueles, inhumanos y degradantes y muerte) experimenta dolores corporales y un profundo sufrimiento y angustia moral, por lo que este daño no requiere pruebas.[60]

249. En cuanto a los familiares inmediatos de los 19 comerciantes, la Corte ha presumido que los sufrimientos o muerte de una persona acarrean a sus hijos,[61] cónyuge o compañera,[62] padres y hermanos un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo.[63] Tal y como ha dicho la Corte, "se puede admitir la presun-

---

58 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 166; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 260; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 96.

59 Idem.

60 Idem.

61 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 169.a); caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párrs. 243 y 264.b); y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párrs. 155 y 173.

62 Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párrs. 173 y 177; caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párrs 104.a) y 107.a); y caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 195, párrs. 173-174.

63 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 169; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 264; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 175.

ción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo",[64] así como también se puede presumir que la muerte de una persona ocasiona a sus hermanos un daño inmaterial.[65] Según ha establecido la Corte, el sufrimiento ocasionado a la víctima "se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima".[66]

250. Teniendo en cuenta las distintas facetas del daño aducidas por la Comisión y aplicando las anteriores presunciones, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño inmaterial, en los términos que se indican en el cuadro que se transcribe más adelante (infra párr. 252), de conformidad con los siguientes parámetros:

a) para fijar las indemnizaciones por los daños inmateriales sufridos por los 19 comerciantes, la Corte ha tomado en consideración que éstos fueron arbitrariamente privados de su libertad, así como que es razonable inferir que el trato que recibieron las víctimas durante las horas anteriores a su muerte fue agresivo en extremo. La brutalidad con que fueron tratados los cuerpos de los comerciantes después de su ejecución, permite también inferir que el trato que les dieron mientras estaban con vida también fue extremadamente violento, de

---

64 Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, No. 15, párr. 76; y cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 264.c); caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párr. 88.b); y caso Castillo Páez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 43, párr. 88.

65 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 169.c); caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párrs. 243, 264.d), 264.e) y 264.f); y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 78.

66 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 169; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 243; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 78.

forma tal que pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta; y

b) en la determinación de las indemnizaciones que corresponden a los familiares de los 19 comerciantes se debe tomar en consideración los sufrimientos que han padecido como consecuencia directa de la desaparición y muerte de los 19 comerciantes, principalmente por la brutalidad con que fueron tratados los cuerpos de los comerciantes después de su ejecución. Asimismo, la Corte toma en consideración que los familiares de los 19 comerciantes fueron víctimas de la violación de los artículos 5, 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1. 1 de dicho tratado. Los familiares de los 19 comerciantes han padecido un profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad psíquica y moral causado por todas las circunstancias posteriores a la desaparición de sus familiares, tales como el hecho de que no han podido enterrar a sus familiares, la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda inmediata de las víctimas, así como el miedo a iniciar o continuar con las búsquedas de sus familiares por verse envueltos en amenazas o atentados. Asimismo, se ha tomado en consideración los daños sufridos como consecuencia de la demora en la investigación y sanción de los civiles que participaron en las violaciones, así como los daños causados por la impunidad parcial que subsiste en este caso. Todas las anteriores situaciones generaron gran dolor, impotencia, inseguridad, angustia, tristeza y frustración en los familiares de las víctimas, lo cual ha causado una grave alteración en sus condiciones de existencia y sus relaciones familiares y sociales, representado un serio menoscabo en su forma de vida.

251. En cuanto al pago de las indemnizaciones, se aplicarán las previsiones dispuestas los párrafos 230 y 231 de esta sentencia.

252. Teniendo en cuenta los distintos aspectos del daño inmaterial ocasionado, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño inmaterial en los siguientes términos:

Indemnización por concepto de daño inmaterial

Víctimas de las violaciones de los artículos 7, 5, 4, 8.1 y 25	Cantidad
1. Álvaro Lobo Pacheco	US$80.000,00
2. Gerson Javier Rodríguez Quintero	US$80.000,00
3. Israel Pundor Quintero	US$80.000,00
4. Ángel María Barrera Sánchez	US$80.000,00
Víctimas de las violaciones de los artículos 7, 5, 4, 8.1 y 25	**Cantidad**
5. Antonio Flórez Contreras	US$80.000,00
6. Carlos Arturo Riatiga Carvajal	US$80.000,00
7. Víctor Manuel Ayala Sánchez	US$80.000,00
8. Alirio Chaparro Murillo	US$80.000,00
9. Álvaro Camargo	US$ 80.000,00
10. Rubén Emilio Pineda Bedoya	US$80.000,00

Indemnización por concepto de daño inmaterial

11. Gilberto Ortiz Sarmiento	US$80.000,00
12. Reinaldo Corzo Vargas	US$80.000,00
13. Luis Hernando Jáuregui Jaimes	US$80.000,00
14. Luis Domingo Sauza Suárez	US$80.000,00
15. Juan Alberto Montero Fuentes	US$80.000,00
16. José Ferney Fernández Díaz	US$ 80.000,00
17. Juan Bautista	US$80.000,00
18. Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez)	US$80.000,00
19. Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño)	US$80.000,00
Familiares (supra párr. 235)	**Cantidad**
A cada uno de los hijos de las 19 víctimas	US$50.000,00
A cada una de las cónyuges y compañeras permanentes de las 19 víctimas	US$80.000,00
A cada uno de los padres de las 19 víctimas	US$50.000,00
A cada uno de los hermanos de las 19 víctimas	US$8.500,00

D) Otras formas de reparación

253. En este apartado el Tribunal entrará a determinar aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública.[67]

Alegatos de la Comisión

254. La Comisión solicitó a la Corte que ordene que se ejecuten las siguientes medidas:

a) que el Estado adopte las medidas necesarias para juzgar y sancionar a los responsables y a quienes "han promovido o permitido que la desaparición y asesinato de los 19 comerciantes permanezca[n] en la impunidad". La medida más importante en este caso consiste en que Colombia "complet[e] de manera seria, expedita, imparcial y efectiva el esclarecimiento de los hechos alegados en la demanda y adopt[e] las medidas necesarias para determinar la responsabilidad individual de civiles y militares y sancionarlos". Los organismos de investigación e inteligencia estatales recaudaron pruebas fundamentales que identifican de manera clara y directa a los agentes del Estado "involucrados con el grupo paramilitar que perpetró la desaparición y asesinato de las víctimas". Además, la jurisdicción militar "procuró la impunidad de sus propios agentes". Debido a que los procesos penales precluyeron "y en atención al principio *non bis in idem*, existirían conforme a derecho interno impedimentos para que miembros de las F[uerzas] A[rmadas] exonerados puedan ser sometidos a procesos penales por la misma causa";

---

[67] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 268; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 105; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 168.

b) que se constituya un "Grupo o Comisión de la Verdad", el cual debe integrarse por personas expertas y de reconocida credibilidad, con el propósito de que "esclarezca cómo ocurrieron los hechos[,] dilucide cuáles han sido las dificultades u obstáculos" que han impedido que se identifique y sancione a todos los responsables, y establezca cuáles son las medidas concretas que deben adoptarse "para que el Estado colombiano dé cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de los familiares de las [presuntas] víctimas". Asimismo, solicita que se otorgue un plazo de seis meses a dicho grupo o Comisión para que prepare su informe, y que lo presente a la Corte "en audiencia pública en presencia de las partes". Además, solicita a la Corte que si considera que dicho informe es "convincente" ordene a Colombia "su divulgación oficial y masiva";
c) que el Estado debe establecer el paradero de los 19 comerciantes o localizar sus restos, de manera que realice una búsqueda exhaustiva y seria de las víctimas y las "dev[uelva] al seno de su familia, con o sin vida". En caso de que el Estado no pueda encontrar a las referidas personas, deberá "establecer sin ningún género de duda, su suerte". Este deber subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre "la suerte final" de las víctimas. La falta de certeza sobre la suerte de la persona desaparecida incrementa el dolor de sus familiares. La prueba aportada ante la Corte indica que ninguna autoridad judicial o de otro orden ha dispuesto acción alguna para buscar a las 19 víctimas;
d) que se realice un acto público de desagravio, en el cual el presidente de la República pida perdón a los familiares de las víctimas por la responsabilidad de agentes estatales en los hechos de este caso y se comprometa con ellos y con la sociedad colombiana a que pondrá toda su empeño en que el poder público impida que hechos como los de este caso se repitan;
e) que el Presidente de la república dirija "una comunicación privada y personal" a cada uno de los familiares de las víctimas,

en la cual pida perdón a los familiares de las mismas por la responsabilidad de agentes estatales en los hechos de este caso;

f) que se transmita un informe audiovisual "sobre el modo en el cual fueron desaparecidas y asesinadas las [presuntas] víctimas fatales y el proceso seguido para esclarecer la causa". Esta medida se encuentra dirigida a informar sobre la verdad de lo ocurrido[;] además, debe acordarse con las organizaciones representantes de los familiares de las víctimas y debe realizarse por los canales estatales de televisión y en un canal privado que tenga cobertura en la mayor parte del país;

g) que "se defina" un lugar que represente el "lugar de descanso final" de las víctimas, lo cual hará posible un encuentro simbólico de los familiares con sus seres queridos a quienes no han podido dar sepultura. Los familiares de las víctimas deben participar en la determinación de ese lugar. En dicho lugar se debe poner "una placa que relacione los hechos, los nombres de las víctimas y la mención expresa de que su existencia obedece al cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte Interamericana"; y

h) que el Estado establezca un "fondo económico" con el objeto de atender "de manera inmediata y urgente la situación en que quedan los familiares de personas desaparecidas forzadamente, en general, cuando la persona desaparecida es cabeza del hogar". Se propone que dicho fondo ascienda a una suma similar a la que la Corte reconozca por concepto de costas y gastos, y que el mismo sea administrado por Asfaddes, ya que dicha organización "brind[ó] importante apoyo en la búsqueda de la verdad y la justicia en este caso y [fue] a través de esta organización [que se] logr[ó] el acceso a información sobre los hechos que rodearon la desaparición de sus seres queridos";

i) que "el Estado tiene la obligación de proporcionar servicios de salud, incluidos los programas de apoyo psicosocial y familiar para los familiares afectados por la desaparición, conforme a sus necesidades y la opinión de profesionales capacitados en el tratamiento de los efectos de la violencia y la desapari-

ción forzada". Es preciso que se ejecuten programas de salud física y mental. Por ello, solicitó a la Corte que "reconozca esta medida como mecanismo de reparación del daño", el cual podría ser administrado por Asfaddes a través de la suscripción de un convenio o mecanismo legal adecuado.

Alegatos del Estado

255. El Estado indicó que no reconoce "obligación alguna de reparar" debido a que a la fecha de presentación de sus observaciones sobre eventuales reparaciones y costas no se había probado ningún hecho ilícito que le fuera imputable. Asimismo, con respecto a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición solicitadas por la Comisión, el Estado señaló que:

a) no ha incumplido con su deber de garantía de justicia, en virtud de que "las investigaciones procedentes de acuerdo con la legislación interna fueron agotadas: penal (jurisdicciones ordinaria y penal militar), disciplinaria y acción contencioso administrativa, aún en curso". La desaparición y presunta muerte de las 19 víctimas fue investigada y conocida por los tribunales nacionales con plena observancia de las garantías judiciales. "La aplicación de los principios que […] fundamentan [la Convención Americana] no permitió a la luz del derecho interno determinar responsabilidad penal de los militares investigados por la justicia castrense". Lo anterior denota "el funcionamiento y agotamiento adecuado de los recursos de la jurisdicción interna", así como que en este caso no hay impunidad, ya que los autores han sido identificados, juzgados y sancionados por los procedimientos y autoridades competentes;
b) "no compart[e] la solicitud de iniciación de nuevas investigaciones, así como tampoco la conformación de una Comisión de la Verdad en los términos y para los efectos propuestos por la Comisión". No se ha probado que los "procedimientos internos de investigación" fueran parciales o ineficaces;

c) la determinación del paradero de las víctimas o la localización de sus restos es "una obligación de medio y no de resultado";
d) se debe rechazar la solicitud de la Comisión respecto del reconocimiento público de responsabilidad, en razón de que en los procesos penales se ha identificado y sancionado a los autores responsables de los hechos;
e) "[e]s propósito del Gobierno nacional, la no repetición de hechos como los [de este caso]". Por ello la política pública de defensa y seguridad democrática contempla acciones tendientes "a combatir todo tipo de organizaciones delincuenciales incluyendo los grupos armados de autodefensa ilegales". Más aún, en todos los actos públicos del presidente de la República hay un compromiso de lucha para combatir la delincuencia organizada;
f) en caso de que la Corte declare que Colombia violó alguna norma de la Convención Americana, deberá entenderse que la sentencia de la Corte constituye por sí misma la forma de reparación y satisfacción moral para los familiares de las víctimas. De esta forma serían improcedentes las otras medidas de satisfacción relativas al informe audiovisual y a la determinación de un lugar de descanso final para las víctimas, "sin perjuicio de la obligación de medio que tiene el Estado de realizar esfuerzos para localizar los restos de las víctimas y entregarlos a los familiares";
g) tiene "múltiples dudas sobre la viabilidad de las reparaciones de índole colectiva, al no entender cómo puede aspirarse a las mismas si ni las víctimas ni sus familiares formaban una comunidad"; y
h) en cuanto a la solicitud de establecimiento de un "fondo económico" en beneficio de los familiares de personas desaparecidas forzadamente, "[d]eberán bastar los reconocimientos en costas y gastos procesales, si a ello hubiere lugar la Honorable Corte".

Consideraciones de la Corte

a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar y sancionar a los responsables.

256. La Corte ha concluido, *inter alia*, que Colombia violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de los 19 comerciantes y de sus familiares, en virtud de que tribunales militares incompetentes llevaron adelante la investigación y procesamiento de los miembros de la Fuerza Pública en relación con las violaciones en perjuicio de los 19 comerciantes, en contravención de los estándares contemplados en la Convención Americana. Asimismo, los procesos penales en los cuales se juzgó a los civiles implicados en los hechos no respetaron el principio del plazo razonable y no fueron efectivos en cuanto a la búsqueda de los restos mortales de los 19 comerciantes. Todo ello ha causado y continúa causando un sufrimiento intenso a sus familiares, así como también sentimientos de inseguridad, frustración y angustia.

257. La Corte reconoce que en el presente caso la impunidad de los responsables es parcial, puesto que se tramitaron procesos penales ordinarios, aunque en éstos no se observó el principio del plazo razonable. Sin embargo, se ha configurado durante más de dieciséis años una situación de impunidad respecto de la investigación y sanción por tribunales competentes de los miembros de la fuerza pública. Esta impunidad continúa lesionando a los familiares de las víctimas.[68]

258. Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos.[69] Tal como ha señalado la Corte, "la

---

[68] Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 126; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 120; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 143.

[69] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 273; caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párr. 100; y caso Cantoral Benavides. Reparaciones, supra nota 197, párr. 69.

investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad".[70]

259. Esta medida no sólo beneficia a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a tales crímenes tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro.[71]

260. El Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana".[72] Al respecto, la Corte ha advertido que

> [...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.[73]

261. La Corte considera que las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas deben ser informados de todo lo sucedido en relación con dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos;[74] al ser reco-

---

70 Cfr. caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párr. 100; caso Cantoral Benavides. Reparaciones, supra nota 197, párr. 69; y caso Cesti Hurtado. Reparaciones, supra nota 196, párr. 62.

71 Cfr. caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, supra nota 167, párr. 77.

72 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 126; caso Bulacio, supra nota 3, párr. 120; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 143.

73 Idem.

74 Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 274; caso Trujillo Oroza, supra nota 167, párr. 114; y caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, supra nota 167, párr. 76.

nocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas.[75]

262. En cuanto al cumplimiento de esta obligación de investigar y sancionar, la Corte ha establecido que:

> […] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.[76]

263. A la luz de las anteriores consideraciones, Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria. El proceso deberá versar sobre los hechos y sus implicaciones jurídicas. Asimismo, los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas inves-

---

[75] Idem.

[76] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr 276; caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párr. 119; y caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párr. 106.

tigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Finalmente, la Corte dispone que el resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad colombiana conozca la verdad de lo ocurrido.

b) Obligación de efectuar una búsqueda seria de los restos mortales de las víctimas

264. Esta actividad es de suma importancia para reparar el daño inmaterial ocasionado a los familiares de la víctima en casos de desaparición forzada, en los cuales el desconocimiento del paradero de los restos mortales de la víctima ha causado y continúa causando una humillación y sufrimiento intenso a sus familiares.

265. El derecho de los familiares de las víctimas de conocer dónde se encuentran los restos mortales de éstas,[77] constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas.[78] Asimismo, el Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos.[79]

266. La Corte considera que la entrega de los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos es un acto de justicia y reparación en sí mismo. Es un acto de justicia saber el paradero del desaparecido, y es una forma de reparación porque permite dignificar a las víctimas, al reconocer el valor que su memoria tiene para los que

---

77 Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 187; caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párrs. 122 y 125; y caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párrs. 109, 113 y 114.

78 Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 187; caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, págs. 122; y caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párrs. 113 y 114.

79 Cfr. caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párr. 115; caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, supra nota 167, párr. 81; y caso Blake, supra nota 151, párr. 115.

fueron sus seres queridos y permitirle a éstos darles una adecuada sepultura.[80]

267. La privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, el derecho de los familiares de las víctimas de conocer lo sucedido a éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos mortales, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas.[81]

268. El Tribunal ha notado que todos los familiares de los 19 comerciantes que rindieron testimonio ante la Corte, así como los que prestaron declaración jurada escrita, manifestaron la necesidad de que se encuentren los restos de las víctimas y les sean entregados, para tener la certeza de qué fue lo que pasó con ellos y honrar sus restos según sus creencias y costumbres. Al respecto, indicaron que el desconocimiento del paradero de dichos restos mortales les ha causado y les continúa causando un gran sufrimiento e incertidumbre. Es representativo del sentimiento de estos familiares lo expresado por el testigo Alejandro Flórez Pérez, cuando señaló que "es importante saber que se hizo hasta lo imposible por recuperar sus restos y que estén en un lugar digno, y sobre todo saber qué fue lo que pasó, que haya justicia; eso es como la mejor reparación que puede haber para nosotros".

269. En este mismo sentido, el perito Carlos Martín Beristain indicó que para los familiares de las víctimas es importante que se realicen "mayores esfuerzos" en la investigación sobre el paradero

---

80 Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 187; caso Las Palmeras. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 26 de noviembre de 2002, Serie C, No. 96, párr. 77; y caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párr. 123.

81 Cfr. caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 187; caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 13, párr. 122; y caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párrs. 113 y 114.

de los restos, ya que ellos necesitan conocer "qué ha pasado con sus familiares, tener evidencias de si están muertos o no para poder enfrentar los hechos". Al respecto, también manifestó que:

> […] los familiares de desaparecidos […] reclaman insistentemente la devolución de algunos de los restos , en el caso de que esas personas hayan sido asesinadas, o algo que les recuerde a su familiar, aunque sea un pedazo de ropa, un huesito, cualquier cosa que tenga que ver con su familiar, como algo que les ayude a hacer ese proceso. Sin eso, los familiares están obligados a un proceso de duelo que es muy complicado, que es difícil.

270. La Corte reconoce que en el presente caso la falta de entrega a sus familiares de los restos ha causado y continúa causando gran sufrimiento, incertidumbre e inseguridad en los familiares de las víctimas. Por otra parte, la Corte ha tenido por probado que, después de su muerte en 1987, los cuerpos de las víctimas fueron descuartizados y lanzados a las aguas del caño "El Ermitaño", afluente del río Magdalena, frente al sitio "Palo de Mango". Debido a la forma como fueron tratados los restos de los 19 comerciantes y a que han transcurrido más de dieciséis años desde la desaparición, es muy probable que no se puedan hallar sus restos. Sin embargo, también ha quedado probado que Colombia no realizó una búsqueda seria de los restos de las víctimas, que los familiares de los comerciantes recurrieron a diversas autoridades estatales cuando recién ocurrió la desaparición y éstas no les prestaron ayuda en la búsqueda inmediata. Esas omisiones estatales en la época en que aún era probable encontrar los restos de las víctimas han traído como consecuencia que actualmente la localización de los restos sea una tarea muy difícil e improbable. Sin perjuicio de ello, el Estado manifestó que tiene "la obligación de medio" de "realizar los esfuerzos para localizar los restos de las víctimas y entregarlos a los familiares".

271. Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal estima justo y razonable ordenar a Colombia que efectúe una búsque-

da seria, en la cual realice todos los esfuerzos posibles para determinar con certeza lo ocurrido a los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares. El Estado deberá informar a la Corte (infra párr. 294) sobre las gestiones realizadas al respecto, inclusive las que haya llevado a cabo en el pasado, para que el Tribunal, en su oportunidad, evalúe el cumplimiento de esta obligación.

c) Monumento en memoria de las víctimas

272. En el presente caso algunos de los familiares de las víctimas han solicitado que se ordene al Estado que haga "una placa o algo semejante" para recordar a las víctimas. La señora Ofelia Sauza de Uribe, hermana de la víctima Luis Domingo Sauza Suárez, solicitó que, si no fuera posible que le entreguen los restos de Luis Domingo para darle sepultura, al menos se haga "una placa o un monumento" para recordar a los desaparecidos.

273. La Corte estima que el Estado debe erigir un monumento en memoria de las víctimas. Este Tribunal considera necesario que la elección del lugar en el cual se erija el monumento sea acordada entre el Estado y los familiares de las víctimas. En dicho lugar, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas, Colombia deberá poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes y la mención expresa de que su existencia obedece al cumplimiento de la reparación ordenada por la Corte Interamericana. Esta medida también contribuirá a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas.[82]

---

[82] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 286; caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párr. 122; y caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, supra nota 202, párr. 103.

d) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de desagravio a los familiares de los 19 comerciantes

274. Como lo ha dispuesto en otros casos,[83] la Corte considera necesario, con el fin de reparar el daño a la reputación y la honra de las víctimas y sus familiares y con el objeto de evitar que hechos como los de este caso se repitan, que el Estado realice un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con los hechos de este caso y de desagravio a la memoria de los 19 comerciantes.[84] Este acto deberá realizarse en presencia de los familiares de las víctimas y también deberán participar miembros de las más altas autoridades del Estado.[85] Este acto podrá realizarse en la misma ceremonia pública en la cual se ponga la placa en el monumento erigido en memoria de las víctimas (supra párr. 273).

e) Otorgar tratamiento médico a los familiares de las víctimas

275. La Comisión solicitó que se disponga como medida de reparación que el Estado proporcione a los familiares de las víctimas programas de salud física y mental, incluyendo programas de apoyo psicosocial y familiar.

276. En su experticia el señor Beristain se refirió a la necesidad de los familiares de las víctimas de recibir atención para recuperar su salud física y mental. Al respecto, indicó que:

> En las entrevistas […] los familiares manifestaron algunos problemas […] de consumo excesivo de drogas y alcohol [,][…] como una manera de tratar de no pensar o tratar de canalizar, a veces, la rabia que produce eso. […]

---

83 Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 278; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 188; y caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, supra nota 167, párr. 84.

84 Idem.

85 Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 278.

> […] hay que buscar maneras de cómo se mitiga el daño producido por la desaparición […][,] desde medidas que tienen que ver con el apoyo psicológico, con el acompañamiento en términos de la salud […].
>
> […] Hay que buscar formas que tengan una visión desde lo social, que entiendan la desaparición y, a veces, que generen espacios colectivos […] en la medida en que la gente lo quiera y acepte. [E]videntemente hay formas de apoyo que van a desarrollarse más en términos colectivos, pero también la gente va necesitar, seguramente, formas de acompañamiento o apoyo a sus necesidades en una manera más individualizada. [L]o importante en este caso para que [el programa] sea realmente adecuado a las necesidades de las víctimas y no sea una cosa pensada desde afuera, […] es que esté de alguna manera acordado con los propios familiares sobre cuáles son sus necesidades y sus demandas sobre este campo […].

277. Asimismo, algunos de los familiares de las víctimas que han rendido testimonio ante el Tribunal han expresado padecer problemas de salud y psicológicos como consecuencia de los hechos de este caso. La Corte repara en que es preciso que se disponga una medida que tenga el propósito de reducir los padecimientos físicos y psicológicos de los familiares derivados de la situación de la violación.[86]

278. Con el fin de contribuir a la reparación de los daños físicos y psicológicos, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluyendo los medicamentos que éstos requieran y tomando en consideración que algunos han padecido de drogadicción y alcoholismo. Tomando en cuenta la opinión del

---

[86] Cfr. caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 253.2); caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 166.c); y caso Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 167, párr. 74.b.

experto que ha evaluado o tratado a muchos de los familiares de los 19 comerciantes (supra párrs. 72.g y 276), es necesario que al proveer el tratamiento psicológico se consideren las circunstancias particulares de cada familiar, las necesidades de cada uno de ellos, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada uno de ellos y después de una evaluación individual. En el plazo de un año Colombia deberá informar a los familiares de las víctimas en qué establecimientos de salud o institutos especializados recibirán el tratamiento médico y psicológico, los cuales deberán estar totalmente informados sobre esta medida de reparación para que se brinde el tratamiento requerido de la forma anteriormente dispuesta.

279. En lo que respecta a las demás pretensiones sobre reparaciones (supra párr. 254.b, e, f, g y h), la Corte estima que la presente sentencia constituye per se una forma de reparación.[87] Sin embargo, en cuanto a la familia de la víctima Antonio Flórez Contreras, con base en las declaraciones rendidas por su esposa y su hijo Alejandro, esta Corte estima necesario ordenar al Estado que establezca todas las condiciones necesarias para que los miembros de dicha familia que están en el exilio puedan regresar a Colombia, si así lo desean, y que cubra los gastos en que incurran por motivo del traslado.

280. La Corte ha observado con preocupación que la mayoría de los familiares de las víctimas que rindieron declaración ante el Tribunal y ante notario público (supra párrs. 71 y 72) manifestaron su temor de que se tomen represalias en su contra. Al respecto, la Corte considera indispensable que el Estado se ocupe particularmente de garantizar la vida, integridad y seguridad de las personas que rindieron declaración ante el Tribunal y sus familias, y les provea la protección necesaria frente a cualesquiera personas, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso.

---

[87] Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 178; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 260; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 96.

XI
Costas y gastos
Alegatos de la Comisión

281. La Comisión señaló que:

a) debido al transcurso del tiempo no se cuenta con información documentada sobre los gastos incurridos por los familiares de las víctimas ante los tribunales internos. La Comisión solicita a la Corte que fije una cantidad en equidad por concepto de los gastos y costas en que los familiares de las víctimas y sus representantes han incurrido en las instancias nacionales;
b) la Comisión Colombiana de Juristas informó que los gastos en que incurrió la misma en la tramitación del caso ante el sistema interamericano desde 1996 hasta marzo de 2003 ascienden a la cantidad de US$4.304,84 (cuatro mil trescientos cuatro dólares de los Estados Unidos de América con ochenta y cuatro centavos);[88]

---

[88] La cantidad total de US$4.304,84 (cuatro mil trescientos cuatro dólares de los Estados Unidos de América con ochenta y cuatro centavos) se desglosa de la siguiente manera: US$444,40 (cuatrocientos cuarenta dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta centavos) por el pago de comunicaciones telefónicas y envío de faxes a Washington D.C.; US$70,73 (setenta dólares de los Estados Unidos de América con setenta y tres centavos) por el pago de comunicaciones telefónicas y envío de faxes a San José, Costa Rica; US$109,13 (ciento nueve dólares de los Estados Unidos de América con trece centavos) por gastos de envío de correo aéreo a Washington D.C.; US$67,78 (sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con setenta y ocho centavos) por gastos de envío de correo aéreo a San José, Costa Rica; US$1.255,43 (mil doscientos cincuenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y tres centavos) por gastos de viáticos y pasajes para asistir a las audiencias ante la Comisión Interamericana en Washington, D.C.; US$1.271,43 (mil doscientos setenta y un dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y tres centavos) por gastos de viáticos y pasajes para asistir a la audiencia pública sobre la excepción preliminar ante la Corte Interamericana; y

c) en sus alegatos finales, la Comisión actualizó el valor total de los gastos en que la Comisión Colombiana de Juristas incurrió desde marzo de 1996 a hasta la fecha en que se presentaron los mismos. Dichos gastos ascienden a la cantidad de US$15.996,92[89] (quince mil novecientos noventa y seis dólares de los Estados Unidos de América con noventa y dos centavos);
d) en cuanto a las "agencias en derecho" se solicita a la Corte que "determine un monto a su discreción", para lo cual señala "como elemento informativo" que en Colombia las "agencias en derecho" las fija el Colegio de Abogados del respectivo distrito y "en casos análogos al presente ascienden a 39% de la suma recaudada"; y
e) el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) informó a la Comisión que en su calidad de representante de las víctimas ante el sistema interamericano incurrió en gastos por la cantidad total de US$3.929,08 (tres mil novecientos veintinueve dólares de los Estados Unidos de América con ocho centavos).[90]

Alegatos del Estado

282. Por su parte, el Estado alegó que:

US$1.086,27 (mil doscientos ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América con veintisiete centavos) por gastos de viáticos y pasajes nacionales.

89 En el cuadro presentado como anexo a los alegatos finales se detallan los gastos incurridos –en moneda colombiana– en los años 2003 y 2004 y se anexan comprobantes de gastos. Según lo indicado en este cuadro la referida cantidad comprende gastos de alimentación, alojamiento, transportes y desplazamientos de testigos; taxis aeropuertos, pasajes de avión, fotocopias, trámites de visa, llamadas telefónicas, autenticaciones e impuestos, entre otros.

90 Los gastos detallados por el Centro por la Justicia y el Derechos Internacional, se refieren a los gastos de boletos aéreos, impuestos y viáticos en que se incurrió para acudir a las audiencias públicas sobre la excepción preliminar y sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, así como gastos por llamadas telefónicas, faxes y suministros.

a) es preciso recordar que la Corte ha dejado establecido que no es adecuado que la regulación de costas guarde una proporción con el monto de la indemnización obtenida, porque existen elementos más importantes para valorar la actuación de los abogados ante un tribunal internacional. Para que se pueda reconocer un gasto, éste debe ser necesario y razonable, según las particularidades del caso, y realizado por las presuntas víctimas o sus representantes;
b) la condena por costas y gastos debe realizarse bajo los mismos criterios que rigen la responsabilidad por daños, por lo que es injusto que Colombia tenga que asumir gastos que no fueron erogados por los peticionarios en este caso o que tenga que reintegrar el costo de "pruebas inútiles, impertinentes o inconducentes";
c) los gastos por viajes, papelería, llamadas telefónicas y envío de faxes deben tener relación directa con este caso; y
d) no está de acuerdo con la forma mediante la cual la Comisión Colombiana de Juristas determinó los gastos en que supuestamente incurrió en este caso, ya que ésta dividió sus gastos totales entre ocho (número de casos que tramitaba ante la Comisión Interamericana), lo cual "no es equitativo, en relación con la mayor o menor atención que el caso necesitó".

Consideraciones de la Corte

283. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores,[91] las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrada en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por los familiares de las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuan-

---

[91] Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 182; caso Myrna Mack Chang, supra nota 3, párr. 290; y caso Bulacio, supra nota 3, párr. 150.

do la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, que comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de la protección de los derechos humanos.[92] Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por la Comisión Interamericana, siempre que su *quantum* sea razonable.[93]

284. En relación con el reconocimiento de las costas y gastos, la asistencia legal a la víctima no se inicia apenas en la etapa de reparaciones, sino que comienza ante los órganos judiciales nacionales y continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte. Por ende, en el concepto de costas, para los fines que ahora se examinan, quedan comprendidas tanto las que corresponden a la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional, como las que se refieren a la justicia a nivel internacional ante dos instancias: la Comisión y la Corte.[94]

285. A este efecto, la Corte estima equitativo ordenar en equidad las siguientes cantidades por concepto de costas y gastos: la cantidad de US$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, la cual deberá ser entregada a la Comisión Colombiana de Juristas, y la cantidad de US$3.000,00 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América)

---

92 Idem.

93 Idem.

94 Cfr. caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 183; caso Loayza Tamayo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42, párr. 178; y caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C, No. 39, párr. 81.

o su equivalente en moneda colombiana, la cual deberá ser entregada al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

XII
Modalidad de cumplimiento

286. Para dar cumplimiento a la presente sentencia, el Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones (supra párrs. 240, 242, 243 y 252), el reintegro de costas y gastos (supra párr. 285) y la adopción de las medidas ordenadas en los párrafos 273, 274, 278 y 279 de la presente sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación. En el caso de las otras reparaciones ordenadas (supra párrs. 263 y 271), el Estado deberá dar cumplimiento a las medidas dentro de un plazo razonable.

287. El pago de las indemnizaciones establecidas a favor de las víctimas se realizará según lo dispuesto en el párrafo 230 de la presente sentencia y el pago de las indemnizaciones fijadas a favor de los familiares de éstas, según sea el caso, será hecho directamente a éstos o si alguno de ellos hubiere fallecido, se aplicarán también los criterios establecidos en el referido párrafo 230.

288. Los pagos correspondientes al reintegro de costas y gastos generados por las gestiones realizadas por los representantes de los familiares de las víctimas y sus familiares en el orden interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, serán efectuados a favor de dichos representantes (supra párr. 285).

289. Si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones no fuese posible que las reciban dentro del indicado plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria colombiana solvente, en dólares estadounidenses o su equivalente en moneda colombiana y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de diez años

la indemnización no ha sido reclamada, la cantidad será devuelta, con los intereses devengados, al Estado.

290. En el caso de la indemnización ordenada a favor de los beneficiarios menores de edad, el Estado deberá aplicar su monto a una inversión bancaria a nombre de éstos en una institución colombiana solvente, en dólares estadounidenses. La inversión se hará dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancarias mientras sean menores de edad. Podrá ser retirado por los beneficiarios cuando alcancen la mayoría de edad o cuando, de acuerdo al interés superior del niño y por determinación de una autoridad judicial competente, así se disponga. Si transcurridos diez años contados a partir de la adquisición de la mayoría de edad no es reclamada dicha indemnización, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados.

291. El Estado puede cumplir sus obligaciones de carácter pecuniario mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda colombiana, salvo la constitución de la inversión bancaria (supra párr. 290), utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

292. Los pagos ordenados en la presente sentencia estarán exentos de todo tributo o gravamen actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro.

293. En caso de que el Estado incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en Colombia.

294. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta sentencia, Colombia deberá rendir a la Corte un primer informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a esta sentencia.

XIII
Puntos resolutivos

295. Por tanto, *la Corte* declara que:

Por unanimidad,

1. el Estado violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida consagrados en los artículos 7, 5 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño), en los términos de los párrafos 134, 135, 136, 145, 146, 150, 155 y 156 de la presente sentencia.

Por seis votos contra uno,

2. el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de se-

gundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño) y sus familiares, en los términos de los párrafos 173, 174, 177, 200, 203, 204 y 205 de la presente sentencia.

Parcialmente disidente la jueza Medina Quiroga.

Por unanimidad,

3. el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño), en los términos de los párrafos 212 a 218 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

4. esta sentencia constituye per se una forma de reparación, en los términos del párrafo 279 de la misma.

Y dispone que:

Por unanimidad,

5. el Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos

penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos, y que el resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, en los términos de los párrafos 256 a 263 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

6. el Estado debe efectuar, en un plazo razonable, una búsqueda seria, en la cual realice todos los esfuerzos posibles para determinar con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares, en los términos de los párrafos 270 y 271 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

7. el Estado debe erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de las víctimas, debe poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes, en los términos del párrafo 273 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

8. el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional en relación con los hechos de este caso y de desagravio a la memoria de los 19 comerciantes, en presencia de los familiares de las víctimas, en el cual también deberán participar miembros de las más altas autoridades del Estado, en los términos del párrafo 274 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

9. el Estado debe brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, en los términos de los párrafos 277 y 278 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

10. el Estado debe establecer todas las condiciones necesarias para que los miembros de la familia de la víctima Antonio Flórez Contreras que están en el exilio puedan regresar a Colombia, si así lo desean, y debe cubrir los gastos en que incurran por motivo del traslado, en los términos del párrafo 279 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

11. el Estado debe ocuparse particularmente de garantizar la vida, integridad y seguridad de las personas que rindieron declaración ante el Tribunal y sus familias, y debe proveerles la protección necesaria frente a cualesquiera personas, tomando en cuenta las circunstancias de este caso, en los términos del párrafo 280 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

12. el Estado debe pagar la cantidad total de US$55.000,00 (cincuenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana por concepto de los ingresos dejados de percibir por cada una de las 19 víctimas, en los términos de los párrafos 230, 231, 233, 234, 235, 240 y 243 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

13. el Estado debe pagar la cantidad total de US$2.000,00 (dos mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana por concepto de los gastos en que incurrieron los familiares de las víctimas Juan Alberto Montero Fuentes, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Antonio Flórez Contreras, Ángel María Barrera Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Lobo Pacheco, Israel Pundor Quintero, Luis Her-

nando Jáuregui Jaimes, Rubén Emilio Pineda Bedoya y Reinaldo Corzo Vargas con el fin de indagar el paradero de éstos, en los términos de los párrafos 242 y 243 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

14. el Estado debe pagar la cantidad total de US$80.000,00 (ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana por concepto de indemnización del daño inmaterial de cada una de las 19 víctimas, en los términos de los párrafos 230, 231, 235, 233, 234, 250, 251 y 252 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

15. el Estado debe pagar por concepto de indemnización del daño inmaterial ocasionado a los familiares de las víctimas:

a) la cantidad de US$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, a cada uno de los hijos de las víctimas, en los términos de los párrafos 231, 233, 234, 235, 248, 249, 250 y 252 de la presente sentencia;
b) la cantidad de US$80.000,00 (ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, a cada una de las cónyuges y compañeras de las víctimas, en los términos de los párrafos 231, 233, 234, 235, 248, 249, 250 y 252 de la presente sentencia;
c) la cantidad de US$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, a cada uno de los padres de las víctimas, en los términos de los párrafos 231, 233, 234, 235, 248, 249, 250 y 252 de la presente sentencia; y
d) la cantidad de US$8.500,00 (ocho mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, a cada uno de los hermanos de las víctimas, en

los términos de los párrafos 231, 233, 234, 235, 248, 249, 250 y 252 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

16. el Estado debe pagar por concepto de costas y gastos a la Comisión Colombiana de Juristas la cantidad de US$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, y al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) la cantidad de US$3.000,00 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda colombiana, en los términos del párrafo 285 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

17. el Estado debe pagar la cantidad total de las indemnizaciones por concepto de daño material, daño inmaterial, y costas y gastos establecidas en la presente sentencia, sin que ninguno de los rubros que las componen pueda ser objeto de tributo o gravamen actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro, en los términos del párrafo 292 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

18. el Estado puede cumplir sus obligaciones de carácter pecuniario mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda colombiana, salvo la constitución de la inversión bancaria, en los términos de los párrafos 290 y 291 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

19. el Estado debe efectuar el pago de las indemnizaciones, el reintegro de costas y gastos y la adopción de las medidas ordenadas en los puntos resolutivos 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 y 16 de la presen-

te sentencia dentro del plazo de un año, contado a partir de su notificación, en los términos del párrafo 286 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

20. en caso de que el Estado incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada que corresponderá al interés bancario moratorio en Colombia, en los términos del párrafo 293 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

21. si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones no fuese posible que las reciban dentro del indicado plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria colombiana solvente, en los términos del párrafo 289 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

22. el Estado deberá consignar la indemnización ordenada a favor de los beneficiarios menores de edad en una inversión bancaria a nombre de éstos en una institución colombiana solvente, en dólares estadounidenses, dentro del plazo de un año, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancarias mientras sean menores de edad, en los términos del párrafo 290 de la presente sentencia.

Por unanimidad,

23. supervisará el cumplimiento de esta sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta sentencia, el Estado debe-

rá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 294 de la misma.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la "masacre de Mapiripán" c. Colombia
Sentencia del 7 de marzo de 2005

[...]

V. Excepciones preliminares y reconocimiento de responsabilidad

25. El Estado ha desistido de la primera excepción preliminar referente a "la aplicación indebida de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana" y ha ratificado su segunda excepción preliminar referente a la falta de agotamiento de recursos internos.

26. A su vez, el Estado ha reconocido su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los hechos señalados en el literal B del Capítulo VI de la demanda presentada por la Comisión.

27. En relación con el reconocimiento de responsabilidad internacional realizado en casos que han sido conocidos anteriormente por la Corte, ésta ha establecido que:[1]

> […] El artículo 5[3] del Reglamento se refiere al supuesto en que un Estado demandado comunique a la Corte su allanamiento a los hechos y a las pretensiones de la parte demandante y, por consiguiente, acepte su responsabilidad internacional por la violación de la Convención, en los términos indicados en la demanda, situación que daría lugar a una terminación anticipada del proceso en cuanto al fondo del asunto, tal como lo establece el capítulo V del Reglamento. La Corte advierte que

---

1 Cfr. caso Myrna Mack Chang, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101, párrs. 106 a 108.

con las disposiciones del Reglamento que entró en vigencia el 1 junio de 2001, el escrito de demanda está compuesto por las consideraciones de hecho y derecho y las peticiones en cuanto al fondo del asunto y las solicitudes de reparaciones y costas correspondientes. En este sentido, cuando un Estado se allana a la demanda debe indicar con toda claridad si lo hace sólo sobre el fondo del asunto o si también abarca las reparaciones y costas. Si el allanamiento se refiere sólo al fondo del asunto, la Corte deberá evaluar si se continúa con la etapa procesal de determinación de las reparaciones y costas.

[…] A la luz de la evolución del sistema de protección de derechos humanos, donde hoy en día, las presuntas víctimas o sus familiares pueden presentar de manera autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y esgrimir pretensiones coincidentes o no con las de la Comisión. Cuando se presenta un allanamiento, éste debe expresar claramente si se aceptan también las pretensiones formuladas por las presuntas víctimas o sus familiares.

[…] Por otra parte, el Reglamento de la Corte no establece ninguna oportunidad especial para que la parte demandada formule su allanamiento. De modo que si un Estado hace uso de ese acto procesal en cualquier etapa del procedimiento, este Tribunal, después de haber escuchado a todas las partes, debe evaluar y decidir sus alcances en cada caso en particular.

28. Asimismo, en relación con la posibilidad de que se aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda, la Corte ha determinado que:[2]

---

[2] Cfr. caso "Instituto de Reeducación del Menor", sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, No. 112, párrs. 124 a 126; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110, párr. 178; caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, No. 107, párr. 142; caso Maritza Urrutia, sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103, párr. 134; caso Myrna Mack Chang, supra nota 2, párr. 128; y caso "Cinco Pensionistas", sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 153.

> […] En lo que respecta a los hechos objeto del proceso, este Tribunal considera, como lo ha hecho en otras ocasiones, que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del demandante. Además, hechos que se califican como supervinientes podrán ser remitidos al Tribunal en cualquier estado del proceso antes del dictado de la sentencia.
>
> […] Asimismo, en lo que atañe a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda de la Comisión, esta Corte ha establecido que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del derecho internacional de los derechos humanos. Se entiende que lo anterior, relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda.
>
> […] Igualmente, este Tribunal tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes, con base en el principio *iura novit curia*, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, "en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente", en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan.

29. En los términos en que se han expresado las partes, la Corte observa que subsiste la controversia entre aquéllas en cuanto a la excepción preliminar referente a la falta de agotamiento de recursos internos; el alcance del reconocimiento de responsabilidad del Esta-

do sobre hechos ocurridos en el presente caso no abarcados en el reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado; las supuestas violaciones de los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana; las supuestas violaciones de los artículos 19 y 22 de dicho instrumento alegadas por los representantes, así como lo referente a las eventuales reparaciones y costas.

30. Por otro lado, al haber efectuado un reconocimiento de responsabilidad en el presente caso, el Estado ha aceptado implícitamente la plena competencia de la Corte para conocer del presente caso, por lo cual la segunda excepción opuesta por el Estado ha perdido el carácter de cuestión preliminar. Además, el contenido de dicha excepción se encuentra íntimamente relacionado con el fondo del presente asunto, en particular en lo referente a la supuesta violación de los artículos 8 y 25 de la Convención. Por lo tanto, dicha excepción preliminar debe ser desestimada y la Corte debe continuar con el conocimiento del fondo y las eventuales reparaciones y costas en el presente caso.

31. En consecuencia, si bien dicho reconocimiento manifestado por el Estado no interrumpe el trámite de la recepción de la prueba testimonial y pericial ordenada, el objeto de los testimonios y peritaje determinado en la Resolución del presidente deberá restringirse en lo pertinente, en relación con las partes del fondo, [a] las reparaciones y costas respecto de las cuales subsiste la controversia entre las partes.

VI. Puntos resolutivos

32. Por tanto, *la Corte,* por unanimidad, *declara:*

1. Que ha cesado la controversia sobre la excepción preliminar referente a la "aplicación indebida de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana".

y resuelve:

2. Admitir, para todos sus efectos, el desistimiento por parte del Estado de la primera excepción preliminar referente a la "aplicación indebida de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana".

3. Admitir, para todos sus efectos, el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 29 y 30 de la presente sentencia.

4. Desestimar la segunda excepción preliminar relativa al agotamiento de los recursos internos y continuar con el conocimiento del presente caso en cuanto al alcance del reconocimiento de responsabilidad del Estado sobre hechos ocurridos en el presente caso no abarcados en el reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado; las supuestas violaciones de los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana; las supuestas violaciones de los artículos 19 y 22 de dicho instrumento alegadas por los representantes, así como lo referente a las eventuales reparaciones y costas.

5. Continuar la celebración de la audiencia pública convocada mediante Resolución del presidente de la Corte del 28 de enero de 2005, así como los demás actos procesales relativos al fondo y las eventuales reparaciones y costas en el presente caso. El objeto de los testimonios y peritaje deberá restringirse en lo pertinente, en relación con las partes del fondo, [a] las reparaciones y costas respecto de las cuales subsiste la controversia entre las partes.

6. Notificar la presente Resolución al Estado de Colombia, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Gutiérrez Soler c. Colombia
Sentencia del 12 de septiembre de 2005

[...]

VIII
Fondo

Consideraciones de la Corte

49. El artículo 53.2 del Reglamento de la Corte establece que:

> [s]i el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante y a las de los representantes de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes.

50. La Resolución de la Corte dictada el 10 de marzo de 2005 en el presente caso señaló en su parte considerativa:

1. Que el Estado […] desisti[ó] de la totalidad de las excepciones preliminares interpuestas en la contestación de la demanda de fecha 31 de agosto de 2004.
2. Que el Estado […] reconoci[ó] los hechos y su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 5.1, 5.2 y 5.4; 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6; 8.1, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.g y 8.3 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
3. Que dicho reconocimiento manifestado por el Estado […] no interrumpe el trámite de la recepción de la prueba ordenada en relación con las reparaciones y costas, independientemente de que el Tribunal oportunamente resuelva el fondo del caso

y la solicitud estatal de un plazo para intentar llegar a una solución amistosa relativa a las referidas reparaciones.

Luego, la Corte resolvió:

1. Tener por retiradas todas las excepciones preliminares interpuestas por el Estado.
2. Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los considerandos segundo y tercero de la […] Resolución.
3. Que ha cesado la controversia sobre los hechos, por lo que el Tribunal oportunamente emitir[ía] la respectiva sentencia de fondo.
4. Continuar con la celebración de la audiencia pública convocada mediante Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1° de febrero de 2005, y delimitar su objeto a las reparaciones y costas en el presente caso. […]

51. La Corte tiene por probados los hechos a que se refiere el párrafo 48 de esta sentencia y, con base en ellos y ponderando las circunstancias del caso, procede a precisar las distintas violaciones encontradas a los artículos alegados.

52. En primer lugar, tal como lo reconoció Colombia, este Tribunal considera que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2 y 5.4; 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6; 8.1, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.g y 8.3 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson Gutiérrez Soler. En cuanto a la detención de éste, la Corte observa que la misma fue realizada sin orden escrita de autoridad judicial competente y en una situación no constitutiva de flagrancia.

53. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reconoce que subsiste una controversia en relación con otras violaciones alegadas en el presente caso. En este sentido, los representantes alegaron que el Estado tam-

bién incumplió las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[1] (en adelante "Convención Interamericana contra la Tortura"), aunque la Comisión Interamericana no presentó argumentos al respecto. El Tribunal ha establecido con claridad que los representantes pueden argumentar que ha habido otras violaciones diferentes de las alegadas por la Comisión, siempre y cuando esos argumentos de derecho se atengan a los hechos contenidos en la demanda.[2] Los peticionarios son los titulares de los derechos consagrados en la Convención; por lo tanto, privarlos de la oportunidad de someter sus propios alegatos de derecho constituiría una restricción indebida de su derecho de acceso a la justicia, que emana de su condición de sujetos del derecho internacional de los derechos humanos.[3]

---

1 Cfr. Artículo 1: "[l]os Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención". Artículo 6: "[d]e conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción". Artículo 8: "[l]os Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente. Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado".

2 Cfr. caso Yatama, supra nota 3, párr. 183; caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 88; y caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 91.

3 Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 91; caso De La Cruz Flores, sentencia del 18 de noviembre de 2004, Serie C, No. 115, párr. 122; y caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 8, párr. 125.

54. La Corte entiende que, a la luz de la obligación general de los Estados Partes de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Esta actuación está normada, además, de manera específica en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura que obligan a los Estados Partes a adoptar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción, así como a garantizar que los casos de tortura sean examinados imparcialmente.[4] En el presente caso, la Corte observa que Colombia no actuó con arreglo a esas previsiones, ya que a la fecha ninguna persona ha sido sancionada por las torturas infligidas al señor Wilson Gutiérrez Soler y que el propio Estado ha reconocido defectos en relación con las garantías judiciales de los procesos internos (supra párrs. 26, 28 y 48.10).[*] Desde que entró en vigor en Colombia la referida Convención Interamericana contra la Tortura, el 18 de febrero de 1999, es exigible al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. Por ello, para el Tribunal esta conducta constituye incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura en lo que atañe a la obligación de prevenir y sancionar la tortura en el ámbito interno.

55. Por otra parte, los representantes argumentaron, además, que el Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en perjuicio de los familia-

---

[4] Cfr. caso Tibi, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114, párr. 159; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110, párr. 114; y caso Maritza Urrutia, sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103, párr. 95.

[*] Los párrafos 1 a 48 se encuentran en la sentencia completa.

res del señor Wilson Gutiérrez Soler; la Comisión no presentó alegatos al respecto.

56. El artículo 5.1 de la Convención Americana establece que "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". En el contexto del presente caso, se ha demostrado que tanto el señor Wilson Gutiérrez Soler como sus familiares han sido objeto, desde 1994, de una campaña de amenazas, hostigamientos, vigilancia, detenciones, allanamientos y atentados contra la vida e integridad personal (supra párr. 48.14). Tal como manifestó la señora Yaqueline Reyes, las consecuencias de dichas persecuciones fueron "terribles" para la familia:

> [p]ara mí esto es muy duro. Nos cambió la vida; ya no puede uno ni salir a la tienda tranquilo, de pensar que le van a hacer a uno algo. Le toca a uno mantenerse encerrado […], cambiar de casa, estar estresada […], mirar siempre detrás de uno. [C]uando Wilson salió del país, yo dije: "los problemas son de Wilson, más no de nosotros". Pero no, eso siguió, porque Wilson se fue y como entonces quedó el hermano [Ricardo Gutiérrez Soler], que andaba con él para todos lados, y lo conocían, pues siguieron los atropellos para Ricardo, las amenazas […]. Entonces para nosotros es terrible porque ahora somos nosotros los del problema […].

57. En consecuencia, por haber padecido temor constante, angustia y separación familiar (supra párr. 48.14 a 48.17), la Corte concluye que los familiares del señor Wilson Gutiérrez Soler –es decir, Kevin Daniel Gutiérrez Niño, María Elena Soler de Gutiérrez, Álvaro Gutiérrez Hernández (fallecido), Ricardo Gutiérrez Soler, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano– han sufrido en forma tal que constituye una violación por parte del Estado del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de aquéllos.

58. Respecto de la determinación de los familiares del señor Wilson Gutiérrez Soler que han sufrido una violación a su integridad personal, este Tribunal tiene presente que, en su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes señalaron a personas adicionales a los familiares nombrados en la demanda, a saber: Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano, todos hijos del señor Ricardo Gutiérrez Soler. Al respecto, esta Corte observa que el Estado ha objetado que dichas personas sean beneficiarias de reparación, ya que no fueron señaladas en la demanda. Por otra parte, en sus alegatos finales escritos, los representantes sólo solicitaron "que sean indemnizados [por daño moral] los hijos [de Ricardo Gutiérrez Soler] que fueron reconocidos como víctimas por parte del Estado", dejando por fuera a las cuatro personas mencionadas. A pesar de lo anterior, la Corte ha constatado –con base en las declaraciones juradas de los familiares en cuestión (supra párr. 41), así como el acervo probatorio de este caso en su conjunto– que han sufrido una vulneración semejante a su integridad psíquica y moral que los familiares del señor Wilson Gutiérrez Soler debidamente indicados en la demanda. En razón de ello, el Tribunal considera que dichas personas también son víctimas de la violación del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado.

59. Finalmente, la Corte estima que el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado constituye un avance importante al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana. El Tribunal aprecia, particularmente, la manera como el Estado realizó dicho reconocimiento en la audiencia pública del presente caso, es decir, a través de un acto de solicitud de perdón dirigido personalmente al señor Wilson Gutiérrez Soler y sus familiares, lo cual contribuye, según lo expresado por el Estado, a "la dignificación de la víctima y de sus familiares".

60. A la luz de lo anterior, de acuerdo con su Resolución de 10 de marzo de 2005, y en razón de lo manifestado por los representantes en el sentido de no aceptar el ofrecimiento del Estado de intentar una solución amistosa relativa a las reparaciones y costas y gastos en el presente caso (supra párr. 30), el Tribunal procederá a determinar aquéllos.

IX
Reparaciones
Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana

Obligación de reparar

61. Este Tribunal ha establecido que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.[5] En sus decisiones a este respecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, según el cual:

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

62. El artículo 63.1 de la Convención Americana acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales

---

[5] Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 145; caso Yatama, supra nota 3, ´àrr. 230; y caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 122.

del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho internacionalmente ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación.[6]

63. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos, entre ellos éste, el tribunal internacional determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados.[7] Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso.[8] Es un principio de derecho internacional general que la obligación de reparar no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando su derecho interno, principio constantemente recogido en la jurisprudencia de la Corte.

64. Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. No pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia.[9]

---

6 Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 146; caso Yatama, supra nota 3, párr. 231; y caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 122.

7 Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 145; caso Yatama, supra nota 3, párr. 230; y caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 122.

8 Idem.

9 Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 148; caso Yatama, supra nota 3, párr. 233; y caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 124.

a) Beneficiarios

65. La Corte resume ahora los argumentos de la Comisión Interamericana, de los representantes y del Estado sobre quiénes deben ser considerados beneficiarios de las reparaciones que la Corte dicte.

Alegatos de la Comisión

66. La Comisión alegó que los beneficiarios de las reparaciones son: el señor Wilson Gutiérrez Soler, en calidad de víctima, y sus familiares Kevin Daniel Gutiérrez Niño (hijo); María Elena Soler de Gutiérrez (madre); Álvaro Gutiérrez Hernández (padre); Ricardo Gutiérrez Soler (hermano); Yaqueline Reyes (cuñada, esposa de Ricardo Gutiérrez Soler); Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes (sobrina, hija de Ricardo Gutiérrez Soler); Paula Camila Gutiérrez Reyes (sobrina, hija de Ricardo Gutiérrez Soler) y Leonardo Gutiérrez Rubiano (sobrino, hijo de Ricardo Gutiérrez Soler).

Alegatos de los representantes

67. Los representantes consideraron que los beneficiarios de la reparación son las personas directamente perjudicadas por las violaciones en cuestión, y que, en este caso, los perjudicados son: Wilson Gutiérrez Soler, Kevin Daniel Gutiérrez Niño (hijo de Wilson), Ricardo Gutiérrez Soler (hermano de Wilson), Yaqueline Reyes (esposa de Ricardo); Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano (hijos de Ricardo); Álvaro Gutiérrez Hernández y María Elena Soler de Gutiérrez (padres de Wilson y Ricardo).

Alegatos del Estado

68. El Estado alegó que:

a) en los términos de la demanda presentada por la Comisión, la víctima de las violaciones reconocidas por el Estado colombiano es el señor Wilson Gutiérrez Soler; y
b) de acuerdo con la demanda presentada por la Comisión, los beneficiarios de las eventuales reparaciones que ordene la Corte o llegaren a conciliarse en virtud de una posible solución amistosa son: Wilson Gutiérrez Soler, Kevin Daniel Gutiérrez, María Elena Soler de Gutiérrez, Álvaro Gutiérrez Hernández, Ricardo Gutiérrez Soler, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes y Leonardo Gutiérrez Rubiano.

Consideraciones de la Corte

69. La Corte considera "parte lesionada", en calidad de víctima de las violaciones señaladas anteriormente (supra párrs. 52 y 54), al señor Wilson Gutiérrez Soler. Asimismo, los familiares del señor Wilson Gutiérrez Soler –es decir, Kevin Daniel Gutiérrez Niño, María Elena Soler de Gutiérrez, Álvaro Gutiérrez Hernández (fallecido), Ricardo Gutiérrez Soler, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano– son víctimas de la violación del derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma (supra párr. 57). Por tanto, dichos familiares también serán beneficiarios de las reparaciones que fije el Tribunal.

70. La compensación que la Corte determine será entregada a cada beneficiario en su condición de víctima. Si alguna víctima ha fallecido, como en el caso del señor Álvaro Gutiérrez Hernández, o fallece antes de que le sea entregada la indemnización respectiva, el monto que hubiera correspondido a esa persona se distribuirá conforme al derecho nacional aplicable.

b) Daño material

Alegatos de la Comisión

71. Respecto del daño material la Comisión señaló que:

a) el señor Wilson Gutiérrez Soler y sus familiares debieron realizar esfuerzos económicos muy importantes con el fin de reclamar justicia y solventar los tratamientos psicológicos necesarios para poder sobrellevar las consecuencias que acarrearon las graves violaciones sufridas;
b) debido a los padecimientos del señor Wilson Gutiérrez Soler y de sus familiares, estuvieron impedidos de continuar con el normal desarrollo de sus tareas y labores, lo que determinó una reducción considerable de sus ingresos habituales y necesarios para su subsistencia;
c) el proyecto de vida del señor Wilson Gutiérrez Soler y el de su familia han sido destruidos por la impunidad de los responsables y la falta de reparación; y
d) se fije en equidad la indemnización correspondiente al daño emergente y lucro cesante.

Alegatos de los representantes

72. Por su parte, los representantes expresaron lo siguiente en cuanto al daño material:

a) durante casi diez años, la familia Gutiérrez Soler ha sido objeto de hostigamientos, amenazas, vigilancia, detenciones, allanamientos y atentados que le obligaron a efectuar cambios radicales en su estilo de vida y que tuvieron graves consecuencias económicas, así como secuelas físicas y sufrimientos psicológicos. En este sentido, la familia Gutiérrez Soler ha incurrido en gastos de traslado de vivienda, cambio de trabajo, atención médica especializada, y pérdida de bienes, incluyendo nego-

cios, carros y lotes. La familia Gutiérrez Soler ha realizado "incalculables" esfuerzos para poder sobrevivir, trasladándose de un lugar a otro o exiliándose;

b) al momento de los hechos de tortura, el señor Wilson Gutiérrez Soler se dedicaba a la compra y venta de vehículos, y de bienes muebles e inmuebles adquiridos en remates de juzgados. Además, conducía un taxi de su propiedad que le permitía conseguir ingresos adicionales y transportarse para realizar sus negocios;

c) cuando el señor Wilson Gutiérrez Soler fue detenido, se movilizaba en un vehículo Chevrolet Chevette QP, color dorado, que perdió ese día y le fue imposible recuperar;

d) debido a la investigación penal por extorsión en contra del señor Wilson Gutiérrez Soler, la familia Gutiérrez Soler se vio obligada a vender algunos de los vehículos para solventar los honorarios de la primera abogada;

e) la familia ha recibido ayuda económica de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", la cual fue utilizada en su mayor parte para subvencionar los gastos relacionados con la salida del país del señor Wilson Gutiérrez Soler y las actividades de investigación e "impulso judicial";

f) se solicita a la Corte que, en equidad, reconozca la suma de US$30.000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada grupo familiar por concepto de daño emergente; y

g) Wilson, Ricardo y su padre, Álvaro, vieron su capacidad laboral sustancialmente limitada como consecuencia de los constantes hostigamientos. Por lo tanto, se solicita a la Corte que otorgue una suma equitativa para compensar a dichas personas por los ingresos perdidos.

Alegatos del Estado

73. En relación con el daño material, el Estado manifestó que:

a) en el presente caso, el patrimonio no ha sido probado mediante documentos solemnes u otras formas de prueba, por lo cual el juez no puede obtener una convicción sobre el monto de los eventuales perjuicios. Además, ciertas piezas probatorias adolecen de múltiples contradicciones entre ellas;
b) tampoco se ha aportado prueba documental ni testimonial sobre el traslado de vivienda, cambio de trabajo, atención médica especializada, pérdida de bienes –incluyendo negocios, carros y lotes– ni de los esfuerzos económicos realizados para reclamar justicia por parte de la familia Gutiérrez Soler; y
c) no se ha demostrado que los señores Wilson y Ricardo Gutiérrez Soler y su padre, el señor Álvaro Gutiérrez, hayan visto su capacidad laboral sustancialmente limitada como consecuencia de los constantes hostigamientos. Sin embargo, el Estado acepta, de buena fe y ante el deficiente cumplimiento con la carga de la prueba por la parte obligada, la existencia de un mínimo daño a ser indemnizado como lucro cesante. Lo anterior, en consideración al principio según el cual toda actividad laboral tiene una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. La indemnización debe otorgarse con fundamento en el salario mínimo legal vigente en Colombia y no en equidad como lo pretenden la Comisión y los representantes. Con fundamento en el salario mínimo legal vigente en Colombia y aplicando fórmulas financieras reconocidas por la jurisprudencia colombiana, el Estado calcula que el lucro cesante total del señor Wilson Gutiérrez Soler asciende a 136.305.374,46 pesos colombianos.

Consideraciones de la Corte

74. La Corte se referirá en este acápite al daño material, el cual supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del

caso *sub judice*,[10] para lo cual, cuando corresponde, el Tribunal fija un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones que han sido declaradas en la presente sentencia. Para resolver sobre el daño material, la Corte tendrá en cuenta el acervo probatorio, la jurisprudencia del propio Tribunal y los argumentos de las partes.

a) Pérdida de ingresos

75. La Corte, en primer lugar, nota con satisfacción que el propio Estado ha demostrado voluntad para compensar el detrimento de los ingresos del señor Wilson Gutiérrez Soler debido a los hechos del presente caso. En este sentido, se ha probado que, al momento de su detención ilegal y tortura, el señor Wilson Gutiérrez Soler trabajaba en negocios propios y ganaba lo suficiente para mantener a su familia (supra párr. 48.17). Asimismo, se encuentra demostrado que, como consecuencia de haber denunciado las torturas, los hostigamientos y persecuciones subsiguientes impidieron que el señor Wilson Gutiérrez Soler volviera a encontrar una situación laboral estable y, eventualmente, lo forzaron al exilio (supra párr. 48.14 y 48.17).

76. Este Tribunal observa que en el expediente no constan comprobantes idóneos para determinar con exactitud el ingreso que percibía el señor Gutiérrez Soler al momento de los hechos. Al respecto, tomando en consideración las actividades que realizaba la víctima como medio de subsistencia, así como las circunstancias y particularidades del presente caso, la Corte fija en equidad la suma de US$60.000,00 (sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Wilson Gutiérrez Soler, por concepto de pérdida de ingresos. Dicha cantidad deberá ser entregada al señor Wilson Gutiérrez Soler de conformidad con el párrafo 70 del presente fallo.

---

[10] Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 157; caso Yatama, supra nota 3, párr. 242; y caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 129.

b) Daño patrimonial familiar

77. Se tiene por probado (supra párr. 48.14, 48.15 y 48.16) que la campaña de amenazas, hostigamientos y agresiones no sólo obligó al señor Wilson Gutiérrez Soler a huir de Colombia, sino también afectó profundamente la situación de seguridad de sus demás familiares. Por ejemplo: a) sus padres sufrían amenazas y se colocó una bomba en su casa, por lo cual se tuvieron que ir de Bogotá; b) el hermano de Wilson, el señor Ricardo Gutiérrez Soler, recibió un libro bomba en su casa y fue víctima de varios allanamientos y hotigamientos en su lugar de trabajo; y c) personas desconocidas intentaron secuestrar a uno de los hijos del señor Ricardo Gutiérrez Soler. Estas circunstancias difíciles han obligado a la familia del señor Ricardo Gutiérrez Soler a cambiarse de casa varias veces y han imposibilitado que Ricardo trabaje de una forma seguida para mantener a su familia (supra párr. 48.17). Debido a lo anterior, algunos hijos del señor Ricardo Gutiérrez Soler se han alejado de la familia y todos se encuentran en situaciones económicas difíciles, con pocas posibilidades de estudiar o seguir la carrera de su elección (supra párr. 48.16 y 48.17).

78. La Corte observa que, si bien no se han aportado elementos probatorios para precisar los montos, es evidente que el exilio, los traslados de vivienda, los cambios de trabajo, así como las otras manifestaciones de la grave inestabilidad a la que la familia Gutiérrez Soler se ha visto sujeta desde 1994, han impactado seriamente el patrimonio familiar.[11] Dado que dichas alteraciones fueron una consecuencia directa de los hechos del caso –es decir, ocurrieron debido a las denuncias de la tortura sufrida por el señor Wilson Gutiérrez

---

[11] Cfr. caso Molina Theissen. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 3 de julio de 2004, Serie C, No. 108, párr. 59; caso Bulacio, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, No. 100, párr. 88; y caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, No. 76, párr. 99.

Soler, y de los subsiguientes hostigamientos y agresiones sufridos por sus familiares– el Tribunal considera procedente, en equidad, ordenar al Estado el pago de una indemnización por concepto de daño patrimonial familiar de US$75.000,00 (setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América). Dicha cantidad deberá ser entregada de la siguiente manera: US$30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Wilson Gutiérrez Soler, US$30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Ricardo Gutiérrez Soler y US$15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) a la señora María Elena Soler de Gutiérrez, de conformidad con el párrafo 70 de la presente sentencia.

c) Daño inmaterial

Alegatos de la Comisión

79. La Comisión consideró que:

a) de acuerdo con los exámenes médicos y psiquiátricos, el señor Wilson Gutiérrez Soler experimentó y sigue experimentando secuelas físicas y sufrimientos psicológicos profundos, producto de las torturas de las que fue objeto durante su detención arbitraria;
b) el daño psicológico causado por los hechos del 24 de agosto de 1994 se ha incrementado por la forma en que los tribunales nacionales han llevado el caso, poniendo en duda, reiteradamente y en forma pública, su credibilidad, su carácter y sus motivaciones para denunciar los graves hechos de los cuales fue víctima. En este sentido, la víctima sufre de una intensa sintomatología de características fóbicas y depresivas que alteran su cognición y motivación;
c) la familia del señor Wilson Gutiérrez Soler también ha sufrido daños morales a consecuencia de las violaciones. El sufrimiento

y la angustia se originan en la detención y los hechos subsiguientes y se agravaron debido a la impunidad persistente, así como la situación de riesgo y hostigamiento en contra de los padres y el hermano de Wilson; y

d) en razón a las graves circunstancias del caso, la intensidad de los padecimientos y las alteraciones de las condiciones de existencia de la víctima y de sus familiares, la Comisión solicita una compensación por concepto de daños inmateriales conforme a equidad para dichas personas.

Alegatos de los representantes

80. Los representantes manifestaron que:

a) el daño moral del señor Wilson Gutiérrez Soler se debe a la violación de su integridad personal que involucra el sufrimiento físico, psíquico y moral. Casi diez años luego de ocurridos los hechos, aún sufre de las secuelas físicas y psicológicas. También se debe a la ilegalidad y arbitrariedad de su detención, la falta de investigación y sanción a los responsables de la tortura y el proceso parcializado que se llevó en su contra por el delito de extorsión. Finalmente, el daño moral también se debe a las amenazas, los hostigamientos, el allanamiento, las llamadas constantes y un atentado, de los que ha sido objeto el señor Wilson Gutiérrez Soler, así como a la falta de investigación de estos hechos, todo lo cual ha resultado en su exilio;
b) las serias consecuencias de la tortura han sido verificadas por médicos forenses del mismo Estado;
c) Kevin Daniel Gutiérrez Niño fue separado de su padre a una edad temprana; durante seis años Kevin sólo vio a su padre una vez. Además, debido al prolongado exilio de su esposa e hijo, el señor Wilson Gutiérrez Soler se vio obligado a separarse legalmente de su esposa hace tres años, por lo cual sus lazos familiares se rompieron. Por todo ello, el Estado debe reconocer este daño y compensar a Wilson y a Kevin con una justa

indemnización que ejemplifique la gravedad de la tortura y la impunidad y las secuelas morales de la misma;

d) teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, se solicita que el señor Wilson Gutiérrez Soler sea indemnizado con la suma de US$100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América), y que su hijo Kevin Daniel Gutiérrez Niño sea indemnizado con la suma de US$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América);

e) por su parte, el señor Ricardo Gutiérrez Soler y sus padres también fueron afectados profundamente por la tortura sufrida por Wilson Gutiérrez Soler. Además, fueron objeto de múltiples hechos de amenazas y hostigamientos, incluyendo seguimientos, allanamientos y atentados. Los hijos y la esposa de Ricardo también han sido víctimas de varios hechos amenazantes. Ninguno de dichos hechos de agresión ha culminado con la individualización, enjuiciamiento y sanción de los responsables;

f) las constantes amenazas y agresiones han tenido profundas consecuencias para el señor Ricardo Gutiérrez Soler, su familia y sus padres. Fueron obligados a cambiar de lugar de residencia en varias ocasiones. Además, toda la familia ha sufrido sentimientos de angustia, impotencia e incertidumbre a raíz de las constantes amenazas;

g) el señor Ricardo Gutiérrez ha sufrido detenciones injustas, lesiones personales, continuos hostigamientos y otros ultrajes. Al ser sometido a malos tratos por parte de los policías en frente de sus hijos menores, tanto ellos como su compañera sufrieron de depresión e insomnio. Asimismo, su hija Paula ha sufrido un trauma y tiene problemas para hablar y ha presentado síntomas de agresión. Los otros hijos del señor Ricardo Gutiérrez Soler viven en continua angustia y miedo. Por lo tanto, se solicita que el señor Ricardo Gutiérrez Soler sea indemnizado con la suma de US$50.000,00 (cincuenta mil dólares). Asimismo, se solicita que los hijos del señor Ricardo Gutiérrez Soler –es decir, Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gu-

tiérrez, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Paula Camila Gutiérrez Reyes y Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes– sean indemnizados con la suma de US$20.000 dólares cada uno; y

h) los padres de los hermanos Gutiérrez Soler también fueron amenazados. Perdieron sus bienes y fueron obligados a abandonar su residencia. Teniendo en cuenta la gravedad de estos hechos, los señores Álvaro Gutiérrez y María Elena Soler deben ser indemnizados con la suma de US$50.000,00 para cada uno.

Alegatos del Estado

81. El Estado indicó que:

a) al igual que los daños materiales, los daños inmateriales deben ser probados por quien los invoca, pero hay casos según la jurisprudencia de la Corte en que se presumen, dadas las circunstancias de cada caso; y
b) el Estado solicita que se considere su reconocimiento de responsabilidad como una medida de reparación de los daños inmateriales, en cuanto contribuye a "la dignificación de la persona de Wilson Gutiérrez y [de] sus familiares".

Consideraciones de la Corte

82. El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima. No siendo posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, para fines de la reparación integral a las víctimas, sólo puede ser objeto de compensación de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la rea-

lización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos.[12]

83. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación.[13] No obstante, por las circunstancias del caso *sub judice*, los sufrimientos que los hechos han causado a las víctimas en este caso, el cambio en las condiciones de existencia de todas ellas y las demás consecuencias de orden no pecuniario que sufrieron, la Corte estima pertinente el pago de una compensación, conforme a la equidad, por concepto de daños inmateriales.

84. Teniendo en cuenta las distintas facetas del daño aducidas por la Comisión y los representantes, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño inmaterial de conformidad con los siguientes parámetros:

a) para fijar la indemnización por el daño inmaterial sufrido por el señor Wilson Gutiérrez Soler, la Corte tiene presente que, *inter alia*: i) fue detenido de una forma arbitraria y sometido a tortura, sufriendo lesiones en partes muy íntimas de su cuerpo; ii) su carácter y sus motivaciones para denunciar dichos hechos fueron puestos en duda durante los ocho años que duró el proceso en su contra por el delito de extorsión, del cual fue absuelto en 2002; iii) sufrió una campaña de hostigamientos, agresiones y amenazas, por la cual tuvo que salir de su país y a la fecha no ha regresado; iv) como consecuencia de los referidos hechos, su familia se separó y él casi perdió su relación con Kevin, su hijo; v) los hechos de tortura y las persecuciones subsiguientes aún se encuentran en la impunidad;

---

12 Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 158; caso Yatama, supra nota 3, párr. 243; y caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 7, párr. 199.

13 Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 159; caso Yatama, supra nota 3, párr. 260; y caso Fermín Ramírez, supra nota 3, párr. 130.

y vi) en razón de todo lo anterior, tiene secuelas físicas y psicológicas que han afectado todos los aspectos de su vida;

b) en la determinación de las indemnizaciones que corresponden a los padres del señor Wilson Gutiérrez Soler, los señores Álvaro Gutiérrez Hernández y María Elena Soler de Gutiérrez, se debe tomar en consideración que los dos sufrieron amenazas y un atentado, en el que se colocó una bomba en su casa; en razón de ello, se vieron obligados a abandonar su hogar en Bogotá. A la vez, durante todos los años de persecución, evidentemente se preocuparon mucho por la seguridad de sus hijos y sus respectivas familias. Finalmente, el señor Álvaro Gutiérrez Hernández murió sin enterarse de las injusticias de que fue víctima su hijo Wilson; por tanto, durante muchos años sospechaba que los señores Wilson y Ricardo Gutiérrez Soler estaban involucrados en asuntos ilícitos, lo cual claramente le causó mucha angustia;

c) en relación con el hijo del señor Wilson Gutiérrez Soler, Kevin Daniel Gutiérrez Niño, se debe tomar en cuenta que no fue sino hasta fecha reciente que Kevin pudo volver a vivir con su padre y que habían pasado varios años sin verse, debido a la situación precaria de seguridad del señor Gutiérrez Soler. En este sentido, los hechos del caso casi rompieron los lazos entre padre e hijo, así como han alejado a Kevin de sus familiares que residen en Colombia;

d) en cuanto al señor Ricardo Gutiérrez Soler, la Corte tiene claro que, debido al apoyo constante que brindaba a su hermano Wilson, Ricardo fue uno de los blancos principales de la campaña de amenazas, hostigamientos, vigilancia, detenciones, allanamientos y atentados contra la vida e integridad personal. Estas circunstancias no sólo han puesto su vida y la de su compañera e hijos en grave peligro, sino también han imposibilitado que el señor Ricardo Gutiérrez Soler mantenga a su familia, todo lo cual le ha causado mucho sufrimiento y angustia; y

e) respecto de los otros familiares del señor Wilson Gutiérrez Soler –es decir, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes,

> Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano– los hostigamientos, agresiones y amenazas acarrearon para éstos temor constante, angustia y sufrimiento. Además, todos han padecido una grave alteración en sus condiciones de existencia, en sus relaciones familiares y sociales, así como en sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida.

85. Considerando los distintos aspectos del daño inmaterial ocasionado, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por dicho concepto en los siguientes términos:

a) US$90.000,00 (noventa mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Wilson Gutiérrez Soler;
b) US$40.000,00 (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada uno de los señores Álvaro Gutiérrez Hernández y María Elena Soler de Gutiérrez, padres del señor Wilson Gutiérrez Soler;
c) US$20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Kevin Daniel Gutiérrez Niño, hijo del señor Wilson Gutiérrez Soler;
d) US$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Ricardo Gutiérrez Soler, hermano del señor Wilson Gutiérrez Soler; y
e) US$8.000,00 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de cada uno de los siguientes familiares del señor Wilson Gutiérrez Soler: Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano.

86. En cuanto al pago de las indemnizaciones, se aplicarán las previsiones dispuestas en el párrafo 70 de esta sentencia.

d) Proyecto de vida

87. La Comisión alegó que el proyecto de vida del señor Wilson Gutiérrez Soler ha sido "destruido [...] por la impunidad de los responsables y la falta de reparación". Por su parte, los representantes argumentaron que los hechos del caso *sub judice* cambiaron "radicalmente" su vida, y causaron la ruptura "de su personalidad y sus lazos familiares".

88. El Tribunal considera que los hechos violatorios en contra del señor Wilson Gutiérrez Soler impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero, en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico. Tal como el señor Gutiérrez Soler manifestó, las torturas y los hechos subsiguientes tuvieron consecuencias graves, a saber:

> definitivamente esto acab[ó] mi vida –y no sólo la mía– la de mi hijo, la de mi esposa […]. Mi familia se perdió, el vínculo familiar de padres-hijos se perdió […]. No solamente me quitaron mi propio valor, sino me quitaron mi familia, mis padres.

Asimismo, está probado que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no sólo ha dejado cicatrices físicas, sino también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar relaciones afectivas íntimas.

89. Por las anteriores consideraciones, la Corte reconoce la ocurrencia de un daño al "proyecto de vida" del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos. Como en otros casos,[14] no obstante, el Tribunal decide no cuantificarlo en

---

[14] Cfr. caso Cantoral Benavides. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 3 de diciembre de 2001, Serie C, No. 88, párr. 80; y caso Loayza Tamayo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42, párr. 153.

términos económicos, ya que la condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales (supra párrs. 76, 78, 84.a y 85.a). La naturaleza compleja e íntegra del daño al "proyecto de vida" exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición (infra párrs. 103, 104, 105, 107 y 110) que van más allá de la esfera económica.[15] Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler.

e) Otras formas de reparación (Medidas de satisfacción y garantías de no repetición)

Alegatos de la Comisión

90. La Comisión consideró que el Estado debe:

a) adoptar medidas de rehabilitación física del señor Wilson Gutiérrez Soler, y de rehabilitación psíquica de los miembros de su familia que han sufrido daño como resultado de los hechos del presente caso;
b) investigar los hechos denunciados, e identificar y sancionar a los responsables dentro de un plazo razonable;
c) revisar la decisión de cesar el procedimiento adoptada en favor del coronel Luis Gonzaga Enciso Barón y disponer su juzgamiento en la justicia ordinaria; revisar la preclusión de la investigación contra el señor Ricardo Dalel Barón; e impulsar procesos disciplinarios contra los agentes del Estado involucrados en la comisión de las violaciones perpetradas en el presente caso;

---

[15] Cfr. caso Cantoral Benavides, supra nota 37, párrs. 63 y 80.

d) "eliminar los factores de riesgo" que median en el hostigamiento y agresiones contra los miembros de la familia Gutiérrez Soler y Gutiérrez Reyes que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado;
e) realizar "una experiencia piloto" para la implementación del Protocolo de Estambul;
f) adoptar las medidas necesarias para la efectiva aplicación de la jurisprudencia interamericana respecto del fuero militar;
g) fortalecer los controles oficiales en sus centros de detención; y
h) publicar un resumen de la presente sentencia en un diario de circulación nacional, y publicar el texto íntegro de la misma en el Diario Oficial.

Alegatos de los representantes

91. Los representantes indicaron que el Estado debe:

a) reabrir, a la brevedad posible, las investigaciones por la tortura del señor Wilson Gutiérrez Soler en la jurisdicción ordinaria; e iniciar o continuar las investigaciones por las amenazas, hostigamientos y agresiones sufridos por el señor Wilson Gutiérrez Soler, el señor Ricardo Gutiérrez Soler y sus familiares;
b) otorgar efectivas medidas de protección a todas las víctimas del presente caso;
c) aplicar la doctrina de la Corte Constitucional del Estado y la jurisprudencia del sistema interamericano en relación con el alcance del fuero militar;
d) eliminar en la práctica y en la legislación nacional que agentes de las fuerzas militares actúen con facultades de policía judicial;
e) capacitar al personal judicial, policial, militar y penitenciario, así como a los médicos y psicólogos que se desempeñen en la esfera pública, sobre el tratamiento de reclusos y la prevención y documentación de la tortura, de acuerdo con los estándares internacionales aceptados, en especial el Protocolo de Estambul;

f) implementar un sistema de control médico, que permita verificar el estado de salud física y psíquica de las personas que se encuentren privadas de la libertad;
g) reconocer públicamente los hechos del caso, mediante un acto de desagravio con la presencia de los más altos funcionarios del Estado;
h) publicar la presente sentencia en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional;
i) brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica al señor Wilson Gutiérrez Soler y al resto de las víctimas de este caso; y
j) proveer los medios para brindar la educación secundaria y universitaria a los hijos del señor Ricardo Gutiérrez Soler.

Alegatos del Estado

92. El Estado señaló que estaba dispuesto a adoptar las siguientes medidas de satisfacción "sin que medie condena alguna":

a) investigación, juzgamiento y sanción a los individuos responsables de las lesiones sufridas por el señor Wilson Gutiérrez Soler. Como medida de satisfacción, el Estado ofrece, como una "obligación de medio y no de resultado", emprender "las acciones [necesarias] para que la entidad competente ejerza la acción de revisión en relación con las providencias definitivas dictadas en el derecho interno para investigar los hechos" relacionados con el presente caso. El Estado procurará, en la medida de sus posibilidades, asegurar el cumplimiento de las decisiones que adopten las autoridades judiciales como resultado de dichas acciones. Además, el Estado convoca al señor Wilson Gutiérrez Soler para que acceda a todos los procesos penales que resulten del ejercicio de la acción de revisión; y
b) el Estado solicita que, entre las medidas de no repetición, se considere: i) el reconocimiento de responsabilidad; ii) la inclusión de la declaración de responsabilidad y la sentencia como ayudas pedagógicas en las escuelas de formación y capacita-

ción de la Policía Nacional; iii) su divulgación institucional como herramienta de autocrítica y señal de transparencia del Estado en la resolución de situaciones surgidas por violaciones de derechos humanos. Además, el Estado solicita que se valore como desagravio público el acto de reconocimiento de responsabilidad realizado en la sede de la Corte y solicita a la Comisión su asesoría técnica para la elaboración de documentos sobre "la lección aprendida" en este caso. El Estado ofrece fortalecer las medidas de protección que se requieran para conjurar la situación de amenaza y riesgo en que el señor Ricardo Gutiérrez Soler ha manifestado encontrarse. Asimismo, ofrece incluir en los cursos de formación y actualización de los funcionarios de la justicia militar la difusión y explicación del alcance de la jurisprudencia del sistema interamericano, en relación con los estándares internacionales de efectividad del acceso a la justicia. Finalmente, el Estado promete mejorar y fortalecer los mecanismos para evitar la consumación de actos similares en el futuro.

Consideraciones de la Corte

93. En este apartado el Tribunal determinará aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública.[16]

a) Obligación del Estado de investigar los hechos del caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables

94. La Corte ha tenido por establecido que a la fecha ninguna persona ha sido sancionada por los hechos del caso, en particular la detención ilegal y arbitraria del señor Wilson Gutiérrez Soler y las torturas infligidas a éste (supra párr. 48.10).

---

[16] Cfr. caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 163; caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 7, párr. 210; y caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 201.

95. De esta manera, todavía prevalece, once años después de los hechos, la impunidad de los autores de los mismos. La Corte ha definido la impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.[17] El Estado está obligado a combatir esta situación por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.[18]

96. Por lo anterior, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores de la detención y torturas al señor Wilson Gutiérrez Soler. Los resultados de este proceso deberán ser públicamente divulgados por el Estado, de manera tal que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos de este caso.

97. Asimismo, es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participan en casos de violaciones de derechos humanos.[19] Por otra parte, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria.[20]

---

17 Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 203; caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 7, párr. 170; y caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 27, párr. 148.

18 Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 203; caso Carpio Nicolle y otros, sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C, No. 117, párr. 126; y caso Tibi, supra nota 27, párr. 255.

19 Cfr. caso 19 Comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, No. 109, párr. 263; caso Las Palmeras, sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C, No. 90, párr. 51; y caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69, párr. 113.

20 Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 206; caso Huilca Tecse, sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C, No. 121, párr. 108; y caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 7, párr. 172.

98. Este Tribunal ya se ha referido a la llamada "cosa juzgada fraudulenta", que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso.[21] A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados, se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron contaminados por tales vicios. Por tanto, no podría invocar el Estado, como eximente de su obligación de investigar y sancionar, las sentencias emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana, porque no hacen tránsito a cosa juzgada decisiones judiciales originadas en tales hechos internacionalmente ilícitos.

99. Al respecto, la Corte tiene presente que existen posibilidades en Colombia para reabrir procesos, en los cuales se han emitido sentencias absolutorias o decisiones de cesación de procedimiento y preclusión de investigación, como las que han mantenido el caso *sub judice* en la impunidad. En este sentido, el Tribunal valora la disposición del Estado para "emprender las acciones para que la entidad competente ejerza la acción de revisión, en relación con las providencias definitivas dictadas en [...] el presente caso", y dispone que Colombia adopte inmediatamente las medidas necesarias para promover dichas actuaciones, las cuales deben ser adelantadas dentro de un plazo razonable.

100. Los referidos procedimientos, además, deben tomar en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de actos de tortura, tales como las expuestas por la doctora María Cristina Nunes de Mendonça durante su peritaje rendido ante esta Corte (supra párr. 42), y particularmente las definidas en el *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* ("el Protocolo de Estambul").[22]

---

[21] Cfr. caso Carpio Nicolle y otros, supra nota 41, párrs. 131 y 132.

[22] Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 2001, disponible en: www.unhchr.ch/pdf/8istprot_spa.pdf.

b) Tratamiento médico psicológico

101. Analizados los argumentos de los representantes y de la Comisión, así como el acervo probatorio del presente caso, se desprende que los padecimientos psicológicos del señor Wilson Gutiérrez Soler y sus familiares, derivados de la situación de las violaciones, perduran hasta ahora y perjudican sus respectivos proyectos de vida. Para ello, esta Corte estima, como lo ha hecho en otras oportunidades,[23] que las reparaciones también deben comprender tratamiento psicológico y psiquiátrico si ellos así lo desean.

102. Con el fin de contribuir a la reparación de estos daños, el Tribunal dispone que el Estado debe brindar gratuitamente, a través de las instituciones de salud que designe, el tratamiento psicológico y psiquiátrico que requieran las siguientes personas: María Elena Soler de Gutiérrez, Ricardo Gutiérrez Soler, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano. Dicho tratamiento debe incluir, *inter alia*, los medicamentos que puedan ser necesarios. Al proveer el tratamiento se deben considerar las circunstancias particulares de cada persona y las necesidades de cada una de ellas, de manera que se les brinden tratamientos familiares e individuales. El referido tratamiento debe desarrollarse después de una evaluación individual, según lo que se acuerde con cada una de dichas personas.

103. En el caso del tratamiento médico y psicológico del señor Wilson Gutiérrez Soler y de la atención psicológica de su hijo Kevin Daniel Gutiérrez Niño, ya que los dos están exiliados en los Estados Unidos de América, el Estado deberá entregar la cantidad de US$25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de

---

[23] Cfr. caso Huilca Tecse, supra nota 43, párr. 117; caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 7, párrs. 197 y 198; y caso Lori Berenson Mejía, supra nota 7, párr. 238.

América) al señor Wilson Gutiérrez Soler para cubrir los gastos razonables al respecto.

c) Publicación de las partes pertinentes de la presente sentencia

104. El Tribunal afirmó anteriormente que los hechos violatorios en contra del señor Wilson Gutiérrez Soler impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, así como causaron daños irreparables a su vida y reputación (supra párrs. 88 y 89). Por tanto, la Corte nota con satisfacción el momento histórico durante la audiencia pública cuando los agentes del Estado se pusieron de pie y se acercaron a los señores Wilson y Ricardo Gutiérrez Soler, y pidieron perdón en nombre de Colombia por los hechos del presente caso.

105. Asimismo, la Corte estima que, como medida de satisfacción adicional con el fin de reparar el daño sustancial al proyecto de vida y honra del señor Wilson Gutiérrez Soler y de sus familiares, así como con el objeto de evitar que hechos como los de este caso se repitan, el Estado debe difundir las partes pertinentes de la presente sentencia. En este sentido, el Estado debe publicar dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial, y en otro diario de circulación nacional, la sección de esta sentencia denominada Hechos Probados, sin las notas al pie de página correspondientes, los párrafos 51 a 59 de la sección denominada Fondo de dicha sentencia, así como la parte resolutiva de la misma.

d) Difusión y aplicación de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos sobre la jurisdicción penal militar

106. La Corte toma nota con satisfacción de la contribución que el Estado hace a la protección de los derechos humanos, al expresar

su voluntad de incluir en los cursos de formación y actualización de los funcionarios apropiados el estudio de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos respecto de "los estándares internacionales de efectividad del acceso a la justicia". Al respecto, el Tribunal considera que el Estado debe implementar en los cursos de formación de los servidores públicos de la jurisdicción penal militar y de la fuerza pública un programa dirigido al análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, como una forma de prevenir que casos de violación de los derechos humanos sean investigados y juzgados por dicha jurisdicción.[24]

107. La Corte, asimismo, valora la disposición del Estado de adoptar las medidas necesarias para que este caso sea aplicado como una "lección aprendida" en los cursos de derechos humanos de los funcionarios de la Policía Nacional. Al respecto, el señor Wilson Gutiérrez Soler expresó en su testimonio que estaba de acuerdo en que su caso fuera públicamente conocido, como una manera de contribuir a que hechos como los que sufrió no ocurran a otras personas. En este sentido, el Tribunal considera que el Estado debe incluir el caso del señor Wilson Gutiérrez Soler en el programa señalado en el párrafo anterior como un elemento pedagógico que contribuya a que hechos de esta naturaleza no se repitan.

108. Por otra parte, aunque el estudio de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es un factor crucial en la prevención de hechos como los que afectaron al señor Wilson Gutiérrez Soler, el Estado también debe adoptar las

---

[24] Cfr., inter alia, caso 19 Comerciantes, supra nota 42, párrs. 165 a 167, 173, 174 y 263; caso Las Palmeras, supra nota 42, párrs. 51 a 54; caso Cantoral Benavides, supra nota 42, párrs. 112 a 115, 138 y 139; caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto de 2000, Serie C, No. 68, párrs. 116, 117, 125 y 126; y caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párrs. 128 a 132 y 161.

medidas necesarias para que dicha jurisprudencia y los precedentes de la Corte Constitucional de Colombia respecto del fuero militar sean aplicados de manera efectiva en el ámbito interno.

e) Implementación de los parámetros del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ("el Protocolo de Estambul")

109. La Corte observa que la perito María Cristina Nunes de Mendonça (supra párr. 42) refirió que los exámenes practicados al señor Wilson Gutiérrez Soler son incompletos, ya que no estuvieron acompañados de registros fotográficos, así como tampoco se realizó un examen de lesiones internas. La perito indicó que dichas omisiones incidieron en la interpretación posterior de los exámenes y en el resultado de los procesos internos que se adelantaron por estos hechos. Asimismo, destacó la importancia de que se apliquen a casos de tortura los parámetros contenidos en el Protocolo de Estambul, pues éste describe la forma como deben realizarse los exámenes médicos y elaborarse los dictámenes respecto de víctimas de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes. En razón de ello, la perito precisó que la observancia de dichos parámetros evita que tales hechos pasen desapercibidos y queden en la impunidad.

110. En tal sentido, la Corte estima que la difusión e implementación de los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul puede contribuir eficazmente a la protección del derecho a la integridad personal en Colombia. Por ello, considera que el Estado debe adoptar un programa de formación que tenga en cuenta dichas normas internacionales, el cual debe estar dirigido a los médicos que cumplen sus funciones en los centros de detención oficiales y a los funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como a los fiscales y jueces encargados de la investigación y el juzgamiento de hechos como los que han afectado al señor Wilson Gutiérrez Soler, con el fin de que dichos funcionarios cuen-

ten con los elementos técnicos y científicos necesarios para evaluar posibles situaciones de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, el Tribunal considera necesario que dicho programa de formación incluya el caso del señor Wilson Gutiérrez Soler como una medida dirigida a prevenir la repetición de los hechos.

f) Fortalecimiento de los controles en centros de detención

111. La Comisión y el Estado coincidieron en que es necesario, como una medida de prevención, que se fortalezcan los controles existentes respecto de las personas privadas de la libertad en Colombia. La Comisión, asimismo, señaló que la evaluación psicológica constante de los funcionarios estatales que están en contacto con detenidos sería una importante medida de prevención; además, expresó que el examen físico de los detenidos al ingresar al centro de reclusión podría contribuir a la detección de actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

112. La Corte observa con satisfacción la disposición del Estado en relación con este tema importante. Al respecto, el Tribunal dispone que Colombia debe adoptar las medidas que sean necesarias para fortalecer los mecanismos de control existentes en los centros estatales de detención, con el propósito de garantizar condiciones de detención adecuadas y el respeto a las garantías judiciales. Los referidos mecanismos de control deben incluir, *inter alia*: a) la realización de exámenes médicos que respeten las normas establecidas por la práctica médica a toda persona detenida o presa. Concretamente, se llevarán a cabo en privado bajo control de los médicos y nunca en presencia de agentes de seguridad u otros funcionarios del gobierno. Dichos exámenes se efectuarán con la menor dilación posible después del ingreso del detenido en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, aquél recibirá atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario; b) la evaluación psicológica regular de los funcionarios encargados de la custodia de las personas privadas de la libertad, con el propósito de asegurar que dichas per-

sonas presentan un adecuado estado de salud mental; y c) acceso frecuente a dichos centros para los funcionarios de organismos apropiados de control o de protección de derechos humanos.[25]

X
Costas y Gastos

Alegatos de la Comisión

113. La Comisión solicitó que la Corte ordene al Estado el pago de las costas y gastos debidamente probados por los representantes y en atención de las características especiales del presente caso.

Alegatos de los representantes

114. Los representantes manifestaron que:

a) la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" ha incurrido en costas y gastos relacionados con la defensa de Wilson Gutiérrez Soler y sus familiares, tanto a nivel nacional como internacional. El total de gastos que reclama dicha organización asciende a US$89.732,94; y
b) el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional también ha incurrido en numerosos gastos relacionados con el proceso internacional del señor Wilson Gutiérrez Soler, los cuales exceden ampliamente la suma solicitada a la Corte: US$17.172,27.

---

[25] Cfr. caso Bulacio, supra nota 34, párr. 131; ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su Resolución No. 43/173, del 9 de diciembre de 1988, principios 24 y 29; y ONU, Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su Resolución No. 55/89 Anexo, del 4 de diciembre de 2000, principio 6.

Alegatos del Estado

115. El Estado sostuvo que:

a) La jurisdicción penal en Colombia es de carácter gratuito; por lo tanto, los gastos en que hubieren incurrido los representantes de la víctima y sus familiares obedecen a una relación de carácter privado, cuyos costos deberán ser asumidos por el interesado; y
b) en cuanto a la determinación de los gastos incurridos dentro del proceso internacional, su monto puede ser determinado con base en el criterio de razonabilidad de la Corte.

Consideraciones de la Corte

116. Como lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores,[26] las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante sentencia condenatoria. En cuanto a su reembolso, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, que comprende los gastos realizados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación debe ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados y comprobados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable.

---

[26] Cfr. caso Yatama, supra nota 3, párr. 264; caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 7, párr. 231; y caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 222.

117. A la luz de lo anterior, la Corte considera procedente, en equidad, ordenar al Estado, por concepto de costas y gastos de este caso, que se entreguen US$25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) al señor Wilson Gutiérrez Soler. De este monto total, la cantidad de US$20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) corresponderá a las costas y gastos del Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo", y US$5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) corresponderá a las de CEJIL.

XI
Modalidad de cumplimiento

118. Para dar cumplimiento a la presente sentencia, Colombia deberá efectuar el pago de las indemnizaciones (supra párrs. 76, 78, 85 y 103) y el reintegro de costas y gastos (supra párr. 117) dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia. En cuanto a la publicación de las partes pertinentes de la sentencia (supra párr. 105), el Estado deberá dar cumplimiento a dicha medida dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma. Respecto de las otras medidas ordenadas sin un plazo específico dispuesto, el Estado deberá cumplirlas dentro de un plazo razonable, contado a partir de la notificación de esta sentencia.

119. El pago de las indemnizaciones establecidas se realizará según lo dispuesto en el párrafo 70 de la presente sentencia.

120. Los pagos relativos al reintegro de costas y gastos serán hechos al señor Wilson Gutiérrez Soler, quien efectuará los pagos correspondientes según lo dispuesto en el párrafo 117 de la presente sentencia.

121. El Estado puede cumplir sus obligaciones de carácter pecuniario mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en una cantidad equivalente en moneda nacional del Estado, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas

monedas que esté vigente en la plaza de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

122. Si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones no fuera posible que éstos las reciban dentro del indicado plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, el Estado consignará dichos montos a favor de los beneficiarios en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria colombiana solvente, en dólares estadounidenses y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de diez años la indemnización no ha sido reclamada, la cantidad será devuelta al Estado con los intereses devengados.

123. En el caso de la indemnización ordenada a favor de los beneficiarios menores de edad, el Estado deberá aplicar su monto a una inversión bancaria a nombre de éstos en una institución colombiana solvente, en dólares estadounidenses o en moneda nacional, a elección de quien legalmente los represente. La inversión se hará dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria mientras sean menores de edad. Podrá ser retirado por los beneficiarios cuando alcancen la mayoría de edad o cuando, de acuerdo con el interés superior del niño y por determinación de una autoridad judicial competente, así se disponga. Si transcurridos diez años contados a partir de la adquisición de la mayoría de edad no es reclamada dicha indemnización, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados.

124. Los montos asignados en la presente sentencia bajo los conceptos de indemnización del daño material, inmaterial y costas y gastos no podrán ser afectados, reducidos o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros. Por lo tanto, deberán ser entregados a los beneficiarios en forma íntegra conforme a lo establecido en la sentencia.

125. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en Colombia.

126. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta sentencia, Colombia deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a esta sentencia.

XII
Puntos resolutivos

127. Por tanto, la Corte decide,

Por unanimidad,

1. Reafirmar su Resolución de 10 de marzo de 2005, en la cual admitió el reconocimiento de responsabilidad internacional realizado por el Estado.

Declara, por unanimidad, que:

1. El Estado violó el derecho consagrado en el artículo 5.1 (Derecho a la integridad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la misma, en perjuicio de los señores Wilson Gutiérrez Soler, Kevin Daniel Gutiérrez Niño, María Elena Soler de Gutiérrez, Álvaro Gutiérrez Hernández (fallecido), Ricardo Gutiérrez Soler, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano, en los términos de los párrafos 52, 57 y 58 de la presente sentencia.

2. El Estado violó el derecho consagrado en el artículo 5.2 y 5.4 (Derecho a la integridad personal) de la Convención Americana, en re-

lación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson Gutiérrez Soler, en los términos del párrafo 52 de la presente sentencia.

3. El Estado violó el derecho consagrado en el artículo 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson Gutiérrez Soler, en los términos del párrafo 52 de la presente sentencia.

4. El Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.g y 8.3 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson Gutiérrez Soler, en los términos del párrafo 52 de la presente sentencia.

5. El Estado incumplió las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio del señor Wilson Gutiérrez Soler, en los términos del párrafo 54 de la presente sentencia.

6. Esta sentencia constituye per se una forma de reparación, en los términos del párrafo 83 de la misma.

Y dispone, por unanimidad, que:

1. El Estado debe cumplir las medidas dispuestas relativas a su obligación de investigar los hechos denunciados, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables, en los términos de los párrafos 96 a 100 de la presente sentencia.

2. El Estado debe brindar gratuitamente, a través de las instituciones de salud que el propio Estado designe, tratamiento psicológico y psiquiátrico a los señores María Elena Soler de Gutiérrez, Ricardo Gutiérrez Soler, Yaqueline Reyes, Luisa Fernanda Gutiérrez Reyes, Paula Camila Gutiérrez Reyes, Leonardo Gutiérrez Rubiano, Leydi Caterin Gutiérrez Peña, Sulma Tatiana Gutiérrez Rubiano, Ricardo Alberto Gutiérrez Rubiano y Carlos Andrés Gutiérrez Rubiano, en los términos del párrafo 102 de la presente sentencia. En el caso del tratamiento médico y psicológico del señor Wilson Gutiérrez Soler y de la atención psicológica de su hijo Kevin Daniel Gutiérrez Niño,

el Estado debe entregar la cantidad fijada en el párrafo 103 al señor Wilson Gutiérrez Soler para cubrir los gastos razonables al respecto.

3. El Estado debe publicar dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial, y en otro diario de circulación nacional, la sección de esta sentencia denominada Hechos Probados, sin las notas al pie de página correspondientes, los párrafos 51 a 59 de la sección denominada Fondo de dicha sentencia, así como la parte resolutiva de la misma, en los términos del párrafo 105 de la presente sentencia.

4. El Estado debe implementar en los cursos de formación de los servidores públicos de la jurisdicción penal militar y de la fuerza pública un programa dirigido al análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en los términos de los párrafos 106 a 108 de la presente sentencia.

5. El Estado debe adoptar un programa de formación que tenga en cuenta las normas internacionales establecidas en el Protocolo de Estambul, en los términos del párrafo 110 de la presente sentencia.

6. El Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para fortalecer los mecanismos de control existentes en los centros estatales de detención, en los términos del párrafo 112 de la presente sentencia.

7. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 76 y 78 de la presente sentencia, por concepto de daño material, en los términos de los párrafos 70, 118, 119 y 121 a 125 de la misma.

8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en el párrafo 85 de la presente sentencia, por concepto de daño inmaterial, en los términos de los párrafos 70, 118, 119 y 121 a 125 de la misma.

9. El Estado debe pagar la cantidad fijada en el párrafo 117 de la presente sentencia, por concepto de costas y gastos, en los términos de los párrafos 118 y 120 a 125 de la misma.

10. El Estado debe ocuparse particularmente de garantizar la vida, integridad y seguridad de los señores Wilson y Ricardo Gutiérrez Soler y sus familiares, y debe proveerles la protección necesaria frente a cualesquiera personas, tomando en cuenta las circunstancias de

este caso, de conformidad con la Resolución de medidas provisionales dictada por este Tribunal el 11 de marzo de 2005.

11. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 126 de la misma.

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la "masacre de Mapiripán" c. Colombia
Sentencia del 15 septiembre de 2005

[...]

IX. Responsabilidad Internacional del Estado

97. Alegatos del Estado

a) el Estado ha reconocido su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con los hechos señalados en el literal B del Capítulo VI de la demanda presentada por la Comisión. No obstante, teniendo en cuenta lo señalado en los fallos internos, aclara que dicha responsabilidad se deriva de la actuación irregular de sus agentes y no obedece a una política del Estado o de sus Instituciones;

b) en relación con los hechos de Mapiripán, fueron condenados por la justicia ordinaria y sancionados disciplinariamente varios miembros de las fuerzas militares colombianas, siendo dichos pronunciamientos la base del reconocimiento de responsabilidad del Estado, por ser indudable que los miembros de la Fuerza Pública son agentes del Estado y por tanto sus actos por acción u omisión son atribuibles a éste. Lo que el Estado no acepta es la atribución de

los actos de los grupos de autodefensa, tal como sostiene la Comisión Interamericana en la demanda. Atribuir los actos de miembros de dichos grupos de autodefensa al Estado como si fueran sus agentes y pretender generarle al Estado responsabilidad internacional por esos actos sería contrario al derecho internacional;

c) en cuanto a la responsabilidad estatal y su atribución bajo el derecho internacional:

i. la responsabilidad internacional surge de la violación de una obligación internacional sin importar su origen, ya sea convencional, consuetudinario u otro (como un acto unilateral de un Estado), siempre que la violación sea atribuible al Estado. Es decir, la noción de la responsabilidad internacional tiene esos dos elementos sustanciales que deben ser concomitantes. Así lo establece la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en los artículos 2 y 4 de los artículos sobre la Responsabilidad Estatal por Actos Ilícitos, algunos de los cuales han sido considerados por la Corte Internacional de Justicia como el derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria. Como tales constituyen el derecho vigente y, como derecho consuetudinario, sólo evoluciona con la misma costumbre internacional que depende de la voluntad y práctica de los Estados y que aun en ese caso no se aplica a un Estado objetor;
ii. la Convención establece las normas primarias, es decir, el derecho relativo al contenido y la duración de las obligaciones sustantivas del Estado, mientras que el derecho de la responsabilidad del Estado proporciona el marco general –las normas denominadas secundarias– que indican los elementos y las consecuencias de la violación de una norma primaria;
iii. dado que la Convención Americana no desarrolla en sí misma la teoría del hecho ilícito internacional, y consecuentemente no contempla todos los aspectos que involucra el concepto de la responsabilidad internacional de los Estados, dicho instrumento no constituye *lex specialis* en esta materia. Solamente el artículo 63 de la Convención se refiere a un aspecto

concreto de la responsabilidad, cual es la obligación de reparar o indemnizar; y

iv. no existen normas en la Convención que desarrollen el tema de la atribución de la conducta al Estado. En consecuencia, para determinar la responsabilidad del Estado por actos de particulares es absolutamente necesario tener en cuenta los estándares internacionales sobre responsabilidad de los Estados, principalmente la codificación de la Comisión de Derecho Internacional y el derecho internacional consuetudinario existente sobre la materia;

d) según el derecho internacional consuetudinario y la doctrina, así como de los artículos de la CDI, es un principio general que el comportamiento de particulares no es atribuible al Estado, salvo dos situaciones concretas previstas en los artículos 8 y 9 de la CDI, que son el comportamiento bajo la dirección o control efectivo del Estado y ausencia o defecto de las autoridades públicas. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (caso concerniente a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua) y del Tribunal Penal Internacional para los Crímenes en la Antigua Yugoslavia (caso Tadic) confirma lo anterior. Otra posibilidad de atribución de la conducta de los particulares al Estado es la prevista en el artículo 11 de los artículos de la CDI. En ese supuesto, es necesario que tanto el reconocimiento y la adopción estén presentes y la manifestación de ambos debe ser suficientemente inequívoca; es decir, más que un reconocimiento general de una situación fáctica se requiere que el Estado identifique la conducta en cuestión y la haga propia;

e) en el caso de la masacre de Mapiripán no hubo instrucción o control efectivo del Estado ni delegación de poder publico, y el Estado no reconoce ni adopta los actos criminales de los grupos de autodefensa ni en éste ni en ningún otro caso. Por el contrario, su política fue vulnerada y su ley infringida por estos grupos y por algunos de sus agentes que colaboraron, así sea por omisión, en esos hechos. Al respecto, es necesario tomar en cuenta que:

i. los grupos de autodefensa tienen completa autonomía organizacional y financiera, tienen una estructura con sus propios mandos y dirigentes a quienes sus miembros reconocen como la "Autoridad de la Organización", lo cual implica el total desconocimiento de las autoridades legítimamente constituidas y constitucionalmente reconocidas, y los ubica por fuera de la institucionalidad del Estado en su estructura y financiamiento. Estos grupos ilegales se han trazado claros objetivos delictivos, entre ellos la confrontación, al margen de la ley, de otros grupos armados ilegales, así como el tráfico ilícito de estupefacientes;
ii. dentro de las políticas del Estado, uno de los objetivos primordiales es combatir a todos los grupos armados al margen de la ley. Por ello, Colombia también ha sido blanco de los ataques de los grupos de autodefensa, pues entre sus víctimas se encuentran funcionarios judiciales y otros servidores públicos;
iii. en el caso de Mapiripán, la masacre fue planeada y ejecutada por los grupos de autodefensa, que no dependen de otros para realizar sus actividades criminales. Lo mismo sucede con los grupos narcoguerrilleros, quienes igualmente cometen estos actos atroces y se desplazan por el territorio nacional sin necesidad de apoyo logístico o financiero. En ambos casos, el Estado los combate. Lo que lamentablemente se ha presentado en algunos casos es que miembros de las Fuerzas Armadas han colaborado a título individual con estos grupos de extrema derecha o izquierda; y
iv. el Estado no debe responder por los actos de los miembros de grupos de autodefensa o de la narco-guerrilla, en los términos del derecho internacional de la responsabilidad de los Estados. El Estado responde por la omisión de sus autoridades, las cuales estando en condiciones de proteger a la población, no lo hicieron;

f) los miembros del Ejército que a título individual colaboraron con estos grupos de autodefensa, así sea por omisión y en la forma determinada en la justicia ordinaria, actuaron fuera de la ley y por

ello han sido condenados a penas que oscilan entre 30 y 40 años de prisión. En el marco de su compromiso con los derechos humanos, el Estado sí reconoce su responsabilidad por cuanto algunos miembros de sus Fuerzas Armadas, quienes no obraron como la ley les ordenaba, no protegieron a la población y su omisión resultó en la violación de una obligación internacional; y

g) es de anotar que, en el caso de los "19 Comerciantes c. Colombia", una de las consideraciones de la Corte para concluir que el Estado era responsable por omisión en ese caso, donde los actos delictivos fueron perpetrados por miembros de grupos de autodefensa, es que la legislación que inicialmente permitió la existencia de ciertos grupos estaba vigente para la época de los hechos. En el presente caso de la masacre de Mapiripán, esa legislación está derogada hace muchos años atrás y la conformación de estos grupos y sus actividades está criminalizada mediante los Decretos 1194 de 8 de junio de 1989 y 2256 de 1991. Tampoco es aplicable a este caso lo resuelto por la Corte en el caso Paniagua Morales y otros, señalado por la Comisión para atribuir responsabilidad al Estado, en el cual la Corte encontró responsable a Guatemala porque este Estado no contradijo que miembros de la Guardia de Hacienda fueran agentes estatales. En el presente caso, Colombia contradice enfáticamente que los miembros de los grupos de autodefensa sean sus agentes o que hayan actuado como tales.

Alegatos de la Comisión

98. En relación con la responsabilidad internacional del Estado, la Comisión señaló que:

a) los actos de los particulares implicados en los hechos referidos pueden ser atribuidos al Estado y, en consecuencia, comprometer su responsabilidad conforme al derecho internacional, para lo cual es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la

Convención, según señalara la Corte Interamericana en el caso Paniagua Morales;

b) según estableciera la Comisión en su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia de 2001, el Estado ha jugado un papel importante en el desarrollo de los llamados grupos paramilitares o de autodefensa, a quienes permitió actuar con protección legal y legitimidad en las décadas de los setenta y ochenta y es responsable de manera general por su existencia y fortalecimiento. Estos grupos, patrocinados o aceptados por sectores de las Fuerzas Militares, fueron en gran parte creados con el fin de combatir grupos armados disidentes. Como resultado de su motivación contrainsurgente, los paramilitares establecieron lazos con el Ejército colombiano que se fortalecieron durante más de dos décadas;

c) a pesar de que el 25 de mayo de 1989 la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la normativa que daba respaldo legal a la vinculación de dichos grupos con la defensa nacional, tras lo cual el Estado adoptó una serie de medidas legislativas para criminalizar las actividades de estos grupos y de quienes los apoyen, Colombia hizo poco para desmantelar la estructura que había creado y fomentado, particularmente cuando aquellos grupos llevaban a cabo actividades de contrainsurgencia. De hecho, los lazos permanecieron a diferentes niveles, en algunos casos, solicitando o permitiendo a los paramilitares la ejecución de ciertos actos ilícitos en el entendido de que no serían objeto de investigación o juzgamiento ni sanción;

d) esta situación ha llevado a la Comisión a establecer, a los efectos de la determinación de la responsabilidad internacional del Estado conforme a la Convención Americana, que en los casos en los cuales miembros de grupos paramilitares actúan con la aquiescencia o apoyo de miembros del Ejército, debe considerarse que éstos actúan como agentes estatales; y

e) en el presente caso, según surge de la determinación de los hechos, existen elementos de prueba que apuntan a la participación de agentes del Estado en la preparación de la masacre, su ejecución y actos

posteriores, tanto por acción como por omisión. Por lo tanto, corresponde concluir que le son imputables a éste tanto las violaciones a la Convención Americana cometidas como resultado de los actos u omisiones de sus propios agentes, así como aquellas cometidas por particulares involucrados en la ejecución de las víctimas.

99. Posteriormente, en sus alegatos finales, la Comisión señaló que:

a) el 7 de marzo de 2005 el Estado se allanó a los hechos alegados en la demanda interpuesta por la Comisión. La demanda hace referencia a una serie de actos preparatorios por parte de civiles, con la colaboración directa de miembros de la Fuerza Pública y describe los graves actos de violencia y destrucción perpetrados contra la población civil en la zona del municipio de Mapiripán, perpetrados con constantes y variados grados de colaboración y participación directa entre miembros de las AUC y agentes del Estado, en particular pertenecientes a la Fuerza Pública;

b) la secuencia de hechos presentada en la demanda coincide en esencia con aquéllos referidos en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes, así como con pronunciamientos posteriormente proferidos por autoridades judiciales colombianas. En forma consistente se hace referencia a los actos preparatorios de la masacre –incluyendo el tránsito de aproximadamente 200 personas por el espacio aéreo, terrestre y fluvial de varios departamentos de Colombia– y a los actos y omisiones inmediatamente posteriores a la masacre. En términos de la responsabilidad de civiles y agentes del Estado, estos últimos tenían el deber de adoptar medidas para prevenir la masacre y, una vez consumada, de recuperar los cuerpos de las víctimas, investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los actos ilícitos;

c) los hechos reconocidos por el Estado sustentan tanto su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1 y 7.2 de la Convención Americana en perjuicio de aproximadamente 49 víctimas fatales como por la ausencia del debido esclarecimiento judicial de los hechos, la reparación de sus efectos y la

consecuente violación de los artículos 8.1, 19, 22, 25 y en especial el 1.1 todos de la Convención, que aún hacen parte de la controversia; y

d) el Estado ha reconocido la participación de sus agentes en actos preparatorios que, de ninguna manera, podrían haber tenido lugar sin su colaboración o aquiescencia, tales como la ausencia de los esfuerzos necesarios para socorrer a las víctimas de la violencia y el desplazamiento y la ausencia de esfuerzos destinados a esclarecer los hechos y determinar la responsabilidad penal de los implicados.

Alegatos de los representantes

100. En relación con la responsabilidad estatal, además de reiterar algunos de los argumentos presentados por la Comisión, los representantes señalaron que:

a) la masacre de Mapiripán corresponde a un patrón de crímenes cometidos por grupos paramilitares con la complicidad del Estado. Es decir, en Colombia existe una política estatal de auspiciar y tolerar las actividades ilícitas de grupos paramilitares, que incluye facilitar la impunidad para los responsables tras el encubrimiento y destrucción de la prueba, así como la falta de investigación. Dada la existencia de esta política, el Estado es responsable por las actuaciones de los miembros de los grupos paramilitares, de conformidad con lo establecido por la Corte en el caso Blake;

b) los paramilitares colombianos han gozado históricamente del apoyo legal e institucional del Estado, incluyendo la provisión de entrenamiento, armas e inteligencia. Una de las pruebas más contundentes de la complicidad del Estado con los grupos paramilitares es el manto de impunidad que cobija los crímenes cometidos por estos grupos. La gran mayoría de paramilitares que han cometido graves violaciones de derechos humanos no han sido vinculados a una investigación; y

c) si bien el Estado reconoce una serie de hechos vinculados a las violaciones de los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, excluye algunas aclaraciones hechas en el escrito de los representantes y en la

demanda de la Comisión, otros hechos presentados a lo largo del trámite del caso, así como otras violaciones a la Convención alegadas por los representantes. Sin duda el allanamiento estatal tiene un valor legal importante para el proceso, ya que representa el reconocimiento de hechos centrales para el establecimiento de las violaciones a dichos derechos de las víctimas y sus familiares. No obstante, dado su carácter parcial, no abarca hechos tales como los detallados acerca de las circunstancias de la muerte o desaparición de las víctimas ni el nivel de connivencia y complicidad que existió entre paramilitares y miembros de la Fuerza Pública al ejecutar la masacre.

Consideraciones de la Corte

101. Con base en los hechos establecidos y las pruebas presentadas en el presente caso, la Corte procederá a determinar el alcance y efectos jurídicos del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado (supra párrs. 34 y 37),[*] en el marco de la responsabilidad estatal generada por violaciones a la Convención Americana.

102. Con posterioridad a dicho reconocimiento, en sus alegatos finales tanto orales como escritos el Estado señaló que su responsabilidad se deriva de la actuación irregular de sus agentes, pero no obedece a una política del Estado o de sus instituciones ni acepta la atribución de los actos de los grupos de autodefensa como si éstos fueran sus agentes. Colombia fundamentó sus manifestaciones especialmente en las reglas sobre atribución de actos contenidas en los Artículos sobre la Responsabilidad Estatal por Actos Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

103. Al resolver la cuestión de la responsabilidad internacional planteada por el Estado, se hace necesario recordar el carácter de la Convención Americana en el marco del derecho internacional, así como los principios que informan su aplicación e interpretación.

---

[*] Los párrafos 1 a 97 se encuentran en la sentencia completa.

104. Desde sus primeros casos, la Corte ha basado su jurisprudencia en el carácter especial de la Convención Americana en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Dicha Convención, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.[1]

105. Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva,[2] conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos.[3] Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales.[4]

---

1 Cfr. caso Baena Ricardo, sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104, párr. 96; caso Hilaire. Excepciones Preliminares, sentencia del 1 de septiembre de 2001, Serie C, No. 80, párrs. 94; caso del Tribunal Constitucional. Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 55, párr. 41, y caso Ivcher Bronstein. Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C, No. 54, párr. 42.

2 Cfr. caso hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, sentencia del 23 de noviembre de 2004, Serie C, No. 118, párr. 69; caso Baena Ricardo, sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C, No. 104, párr. 99, y caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94, párr. 83.

3 Cfr. caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12, párr. 101; caso Lori Berenson Mejía, supra nota 13, párr. 220; caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, sentencia del 23 de noviembre de 2004, Serie C, No. 11, párr. 69, y caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 180, párr. 83.

4 Cfr. caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota 181, párr. 69; caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 205,

106. Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.[5] Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[6] En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.[7]

107. Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para su inter-

---

caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110, párrs. 150 a 151. Asimismo, cfr. European Court of Human Rights, Klass and others v. Germany, judgment of 6 September 1978, Series A, No. 28, § 34; Permanent Court of Arbitration, Dutch Portuguese Boundaries on the Island of Timor (Arbitral Award of 25 June 1914), *The American Journal of International Law*, vol. 9, 1915, pp. 250 and 266.

5 Cfr. European Court of Human Rights, Tyrer v. The United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A, No. 26, párr. 31.

6 Cfr. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12; caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 165; 146; caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 26 de noviembre de 2003, Serie C, No. 102, párr. 56; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párrs. 146 a 148, y caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75, párrs. 41-44.

7 Cfr. caso Ricardo Canese, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, párr. 181; caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, No. 107, párr. 184, y caso Baena Ricardo y otros,sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72.

pretación y aplicación,[8] las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el derecho internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención.

108. En efecto, el origen mismo de dicha responsabilidad surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Al respecto, la Corte ha señalado que:

> [e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.
>
> Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del

---

[8] El propio preámbulo de la Convención Americana se refiere expresamente a los principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, "tanto de ámbito universal como regional" (párr. 3) y el artículo 29 obliga a interpretarla en atención a la Declaración Americana "y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Otras normas refieren a obligaciones impuestas por el derecho internacional en relación con suspensión de garantías (artículo 27), así como a los "principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos" en la definición del agotamiento de los recursos internos (artículo 46(1)(a)).

> Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.
>
> Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.[9]

109. En el mismo sentido, el Tribunal ha señalado que:

> [e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[10]

110. Es decir, el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en "actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana",[11] y se genera en forma inmediata con el ilícito interna-

---

9 Cfr. caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 72; caso "Cinco Pensionistas", sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 63; Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 76, y caso Baena Ricardo y otros, supra nota 179, párr. 178.

10 Cfr. caso Lori Berenson Mejía, supra nota 13, párr. 219; y cfr. caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 206; caso "Cinco Pensionistas", supra nota 187, párr. 165.

11 Cfr. caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 71; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 184, párr. 142; caso "Cinco Pensionistas", supra nota 187, párr. 163.

cional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios.[12] Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención,[13] u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.

111. Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona.[14] Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

---

12 Cfr. caso 19 Comerciantes, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C, No. 109, párr. 141; caso Maritza Urrutia, sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103, párr. 41, y caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 75.

13 Cfr. caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 141; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 184, párr. 44, y caso Cantos, sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, No. 97, párr. 28.

14 Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 190, párr. 140.

112. La Corte ha señalado la existencia de dichos efectos de la Convención en relación con terceros en casos contenciosos,[15] así como al haber ordenado medidas provisionales para proteger a miembros de grupos o comunidades de actos y amenazas causados por agentes estatales y por terceros particulares.[16] En este sentido, incluso en la opinión consultiva sobre *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* la Corte señaló que:

> […] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros *(erga omnes)*. Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.[17]

113. La responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Esta-

---

[15] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 211; caso Tibi, supra nota 16, párr. 108; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 91; caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 183; caso Maritza Urrutia, supra nota 193, párr. 71; caso Bulacio, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C, No. 100, párr. 111; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 184, párr. 81.

[16] Cfr. caso de las Penitenciarias de Mendoza. Medidas Provisionales. Resolución del 18 de junio de2005; caso del Pueblo Indígena Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución del 6 de julio de 2004; caso de la Comunidad Kankuamo. Medidas Provisiones. Resolución del 5 de julio de 2004; caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución del 6 de marzo de 2003, Serie E, No. 4, p. 169; caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución del 18 de junio de 2002, Serie E, No. 4, p. 141, y caso de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales. Resolución del 18 de junio de 2002, Serie E, No. 4, p. 53.

[17] Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, supra nota 187, párr. 140.

do haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso.

114. Asimismo, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del derecho internacional humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc.), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que:

> [e]l artículo 4º del [Protocolo II] no sólo ordena una protección general a los no combatientes sino que, en desarrollo al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, consagra una serie de prohibiciones absolutas, que pueden ser consideradas el núcleo esencial de las garantías brindadas por el derecho internacional humanitario. […]
>
> [el principio de] distinción entre población combatiente y no combatiente tiene consecuencias fundamentales. Así, en primer término, tal y como lo señala la regla de inmunidad del artículo 13 [del Protocolo II], las partes tienen la obligación general de proteger a la población civil contra los peligros procedentes de las operaciones militares. De ello se desprende, como señala el numeral 2º de este artículo, que esta población, como tal, no puede ser objeto de ataques militares, y quedan

> prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla. Además, esta protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte. […] Independientemente de la situación jurídica de normalidad o anormalidad política, la sociedad civil víctima de la confrontación armada debe ser protegida por parte del Estado.[18]

115. Las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de dicho instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido. Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de derecho internacional humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal,[19] dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención.[20] al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en el presente caso. Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte[21] y como

---

18 Cfr. sentencia C-225/95 del 18 de mayo de 1995, emitida por la Corte Constitucional, párrs. 35 y 30.

19 Cfr. caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota 181, párr. 108, y caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, Serie C, No. 67, párr. 33.

20 Cfr. caso hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota 181, párr. 119; caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, Serie C, No. 67, párrs. 32 a 34, y caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párrs. 208 a 209.

21 El Protocolo II fue ratificado por Colombia el 14 de agosto de 1995 y entró en vigor el 14 de febrero de 1996.

derecho interno,[22] y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del "bloque de constitucionalidad" colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado.[23]

116. En el presente caso, los actos cometidos por el grupo de paramilitares contra las víctimas son parte de los hechos reconocidos por el Estado, por encontrarse contenidos en el literal B del capítulo VI de la demanda interpuesta por la Comisión (supra párrs. 34, 37 y 96.29 a 96.47), a saber:

a) según la Fiscalía General de la Nación, el Ejército colombiano permitió el aterrizaje de las aeronaves que transportaban a dichos paramilitares, sin practicar ningún tipo de control, registro o anotación (supra párrs. 96.30 y 96.31);

b) el Ejército colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta Mapiripán. Los paramilitares fueron transportados desde el aeropuerto en dos camiones tipo "reo" de los que usualmente utiliza el Ejército, los cuales fueron autorizados para acceder a la pista ante una llamada efectuada por una persona que se identificó como oficial del Batallón "Joaquín París". Los camiones se dirigieron a un paraje cercano a la llamada "Trocha Ganadera" que conduce al llano y selva adentro. En la carretera se les unieron paramilitares de Casanare y Meta y desde allí, por vía fluvial, pasando por "El Barrancón" –donde se encontraban la Brigada Móvil II y la Infantería de Marina– continuaron su recorrido sin inconvenientes hasta Charras, en la orilla opuesta al río Guaviare, frente a Mapiripán (supra párr. 96.32);

---

[22] Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)".

[23] Cfr. sentencia C-225/95 del 18 de mayo de 1995, emitida por la Corte Constitucional.

c) los miembros del grupo paramilitar transitaron sin ser detenidos por áreas de entrenamiento de las tropas de la Brigada Móvil II (supra párr. 96.32). La colaboración entre los miembros del Ejército y las AUC involucró el suministro de pertrechos y comunicaciones a los paramilitares (supra párr. 96.35);

d) la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto minuciosamente planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con previsiones logísticas y con la colaboración, aquiescencia y omisión de miembros del Ejército. La participación de agentes del Estado en la masacre no se limitó a facilitar el ingreso de las AUC a la región, ya que las autoridades tuvieron conocimiento del ataque perpetrado contra la población civil en Mapiripán y omitieron adoptar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la comunidad (supra párr. 96.43);

e) la Fiscalía General de Nación determinó que, no obstante, ante el arribo de las AUC, se dispuso la movilización de las tropas del Batallón "Joaquín París" desde San José del Guaviare hacia otras localidades, dejando desprotegidas a las poblaciones de dicho lugar y de Mapiripán. El teniente Coronel Orozco Castro declaró que cuando se hizo necesario enviar fuerzas militares a Mapiripán, éstas estaban desplegadas en otras localidades tales como Puerto Concordia, El Retorno y Calamar. A su vez, el 15 de julio de 1997 se dispuso la movilización de las últimas compañías del Batallón "Joaquín París" hacia Calamar, a pesar de que no existía confirmación sobre incidentes de perturbación del orden público en este lugar. La movilización de las tropas del Ejército fue injustificada y se basó en conjeturas o simples contingencias (supra párr. 96.38);

f) según la Fiscalía General de la Nación, las omisiones de la VII Brigada no fueron un simple incumplimiento de su deber legal de controlar la zona, sino que involucró "abstenciones en necesaria connivencia con la agrupación armada ilegal, así como en actitudes positivas eficaces tendientes a que los paramilitares lograran su propósito, pues indudablemente sin ese concurso no hubieran logrado actuar" (supra párr. 96.44);

g) miembros del Ejército habrían adoptado medidas tendientes a encubrir los hechos (supra párr. 96.45); y

h) las omisiones de la VII Brigada se extendieron a la falta de colaboración con las autoridades judiciales que intentaron llegar al lugar de los hechos (supra párr. 96.46).

117. Al respecto, es pertinente observar lo resuelto por los tribunales internos en cuanto a la responsabilidad penal de algunos miembros de las Fuerzas Armadas implicados en los hechos del presente caso. Al considerar el carácter de las acciones y omisiones en que incurrieron algunos de dichos agentes, en la sentencia que resuelve la acción de tutela interpuesta en relación con el conflicto de competencias entre las jurisdicciones penal militar y penal ordinaria planteada en este caso, la Corte Constitucional de Colombia señaló lo siguiente:

> […] si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa […] o mediante una omisión […]. En una grave violación de los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. […]
>
> […] las Fuerzas Militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (CP, art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable– de proteger.

Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones de los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. […]

Los hechos conocidos como la masacre de Mapiripán constituyen uno de los momentos más tristes de la historia colombiana. La situación de terror a la cual fue sometida la población de Mapiripán, los actos atroces de tortura general e individual, degradación de la condición humana y homicidios, son conocidos por la opinión pública. En los antecedentes de esta sentencia se […] da cuenta, en forma sintética –más no por ello, carente de suficiente capacidad descriptiva–, de las conductas realizadas en dicha zona del país, clasificadas como actos totalmente ajenos a cualquier sentimiento mínimo de humanidad.

Los relatos denotan la inusitada gravedad de los hechos, degradadores de manera absoluta del principio de dignidad humana y abiertamente contrario a la Constitución, además de su clarísima nota violatoria de los derechos constitucionales fundamentales de los asociados. Estas conductas, conforme a la jurisprudencia antes analizada, únicamente pueden ser objeto de investigación por parte de la jurisdicción ordinaria, por cuanto no guardan relación alguna con la misión propia de los integrantes de las fuerzas militares. En efecto, si los dos miembros de la Fuerza Pública tenían una posición de garante, que los obligaba a proteger la población, al imputárseles por omisión (comisión por omisión) las graves violaciones de los derechos humanos, es claro que se trata de un comportamiento que no tiene relación con el servicio.

Las anteriores consideraciones deberían bastar para que se hubiera dispuesto que la Fiscalía General de la Nación debía mantener la competencia para investigar la responsabilidad del brigadier general Uscátegui y del teniente coronel Orozco. Sin embargo, estos oficiales no partici-

paron directamente en tales actos de barbarie, sino que fueron vinculados la proceso penal por supuestas conductas omisivas. […]

Cuando se tiene una posición de garante no se desprende una relación directa con el servicio, porque se imputa directamente el resultado lesivo (el delito de lesa humanidad) y no una simple omisión en el ejercicio del cargo.

Como se ha destacado antes, en Mapiripán se violó de manera flagrante el deber de respeto por la dignidad humana, por parte de un grupo que disputa el monopolio del uso de la fuerza en manos del Estado. Es decir, se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísmas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio.
El precedente de la Corte Constitucional en materia de competencia de la justicia penal militar es riguroso en señalar que únicamente si no existe duda sobre la relación entre el servicio y el acto investigado, es posible asignar competencia a la justicia penal militar.

En el presente caso, no es posible sostener que no existe duda. Por el contrario, la calidad de garante impide catalogar la omisión como un acto relacionado con el servicio.[24]

118. Esta resolución de la Corte Constitucional de Colombia sirvió luego de base para que el Consejo de la Judicatura ordenara remitir el proceso a la jurisdicción penal ordinaria y para que la Fiscalía General de la Nación anulara lo actuado en la jurisdicción penal militar y formulara acusación contra miembros de las Fuerzas Ar-

---

[24] Cfr. sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, emitida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, expediente de anexos a la demanda, anexo 60, folios 979, 983, 884, 995 y 1002.

madas y contra paramilitares involucrados en los sucesos, calificando su grado de participación como autores y como cómplices de los hechos, según correspondiera (supra párrs. 96.109 a 96.115 e *infra* párr. 203). Es decir, de las decisiones de las autoridades judiciales también se desprende que las acciones de dichos agentes estatales constituyeron verdaderos actos de colaboración, y no sólo omisiones, como lo sostuvo el Estado ante este Tribunal. En efecto, en la sentencia dictada el 15 de febrero de 2005 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (supra párr. 122), mediante la cual confirma la condenatoria proferida contra tres militares como coautores y cómplices por los delitos de homicidio agravado, secuestro agravado, terrorismo y concierto para delinquir, así como contra tres paramilitares, como autores de dichos delitos, en sus consideraciones previas a calificar la conducta de los "ex militantes de las Fuerzas Armadas" dicha Sala Penal señaló:

> Independientemente del compromiso penal que la investigación dedujo a cada uno de los integrantes de la fuerza pública involucrados en este proceso, inevitable resulta a la Sala destacar [un] hecho tangible que a lo largo del proceso se revela determinante de los acontecimientos que aquí se investigaron: el nexo que en definitiva debe afirmarse entre los elementos de las AUC que operaban en la región de San José del Guaviare y algunos miembros del Ejército Nacional acantonados allí. Alianza desafortunada que se postula desde un comienzo como única explicación y en la relación causa-efecto del insólito traslado en avión de los integrantes de las AUC del Urabá antioqueño a San José del Guaviare y su libre movilización hasta Mapiripán.
>
> Primero que todo, la más elemental lógica enseña que ninguna organización al margen de la ley, sin las garantías que dispensen un desplazamiento seguro y libre, va a enviar a docenas de sus hombres en dos aviones llevando armas y pertrechos en cajas que en condiciones diferentes, necesariamente serían revisadas por las autoridades existentes en el aeropuerto de destino y aprehendidos sus portadores.

> Fueron dos aviones comerciales [...] que por su tamaño llamaban la atención y contrastaban con los livianos que llegaban a un aeropuerto igualmente pequeño como lo es el de San José del Guaviare. Además que no fueron requisados por ninguna autoridad en el aeropuerto, ni se documentó registro alguno de su llegada, inaudito también que en la misma pista sus ocupantes abordaran camiones cargando sus cajas con armas y material bélico, salieran del aeropuerto y sortearan las pesquisas y registros de un retén militar y otros puestos de control ubicados a pocos minutos del aeropuerto, pasaran frente al Batallón Joaquín París y cerca de la Brigada Móvil No. 2, sin ningún inconveniente. Significa todo ello que su llegada en avión y su movilización indemne hasta Mapiripán, estaban aseguradas por la misma autoridad encargada de la vigilancia y control en todo ese *iter* territorial, y en este sentido la sensatez y la ponderación racional no puede cerrar los ojos a la evidencia conforme se apreciará en el desarrollo del análisis de rigor.[25]

119. Además, la Corte tiene presente que la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha documentado numerosos casos en Colombia en que se ha demostrado la vinculación entre servidores públicos y los grupos paramilitares en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos. En los informes publicados desde 1997 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado los casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil. Según el informe de 1997, los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en

---

[25] Cfr. sentencia del 15 de febrero de 2005 emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, expediente de prueba presentada por el Estado, folio 4737.

el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes. Aunado a lo anterior, en sus informes la Alta Comisionada hace constante referencia a la impunidad de las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario cometidas por los paramilitares y la connivencia entre estos grupos y la fuerza pública, como consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en su contra que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones (supra párr. 96.20). Específicamente en relación con lo acontecido en Mapiripán, el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos afirma que "los detalles de los casos denunciados ante la Oficina en Colombia sugieren que los hechos no hubieran podido realizarse sin esa aquiescencia, apoyo o complicidad." Aparte del testimonio de los testigos y las observaciones de la Comisionada misma, el Defensor del Pueblo también reconoció que los paramilitares "se ha[bía]n convertido en el brazo ilegal de la fuerza pública, para la cual ejecutan el trabajo sucio que ella no puede hacer".[26]

120. En el presente caso, Colombia reconoció la violación de obligaciones internacionales convencionales por "los hechos de julio de 1997" en Mapiripán, pero posteriormente objetó la atribución al Estado de actos de los paramilitares que ejecutaron dicha masacre. La Corte observa que, si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas. Ciertamente no existen pruebas

---

[26] *Cfr.* Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 1997, E/CN.4/1998/16, 9 de marzo de 1998, párrs. 29 y 91; Cuarto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, 1997, pp. 59 y 60, citado en el citado Informe de la Alta Comisionada.

documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado. En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Neclocí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades (supra párrs. 96.30 a 96.39, 96.43 y 116).

121. La colaboración de miembros de las fuerzas armadas con los paramilitares se manifestó en un conjunto de graves acciones y omisiones destinadas a permitir la realización de la masacre y a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables. En otras palabras, las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento, participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado (supra párrs. 34, 96.29 a 96.47).

122. Asimismo, toda vez que su responsabilidad internacional por violaciones de la Convención Americana ha sido parcialmente reconocida, no podría el Estado excluir válidamente del contenido de su declaración algunos de los extremos reconocidos. De tal manera, la pretensión del Estado de que no se le considere responsable

por los actos cometidos por los paramilitares o grupos de autodefensa en la masacre de Mapiripán no puede ser aceptada, pues ello implicaría vaciar de contenido el reconocimiento previamente formulado y caer en una contradicción sustancial con algunos de los hechos que ha reconocido.

123. En síntesis, una vez establecida la vinculación de las Fuerzas Armadas con ese grupo de paramilitares al perpetrar la masacre cometida con base en el reconocimiento estatal de los hechos y en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, la Corte ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre. En primer lugar, dichos agentes colaboraron en forma directa e indirecta en los actos cometidos por los paramilitares y, en segundo lugar, incurrieron en omisiones en su deber de protección de las víctimas contra dichos actos y en su deber de investigar éstos efectivamente, todo lo cual ha desembocado en violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención. Es decir, puesto que los actos cometidos por los paramilitares contra las víctimas del presente caso no pueden ser caracterizados como meros hechos entre particulares, por estar vinculados con conductas activas y omisivas de funcionarios estatales, la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales *erga omnes* de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones inter-individuales.

124. Con base en las consideraciones anteriores, este Tribunal otorga plenos efectos al reconocimiento parcial de responsabilidad (supra párrs. 34 y 37), en cuyos términos el Estado es responsable "[…] por la violación de los artículos 4(1), 5(1) y [5](2), y 7(1) y [7](2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los hechos ocurridos en Mapiripán en julio de 1997".

125. En tales términos, la Corte analizará en los siguientes capítulos los puntos del fondo y las respectivas reparaciones respecto de los cuales ha quedado abierta la controversia sobre la responsabilidad del Estado, a saber, la alegada violación de:

a) el artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas de la masacre;
b) los artículos 8 y 25 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas;
c) el artículo 22 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas que se vieron desplazadas como consecuencia de la masacre; y
d) el artículo 19 de la Convención en perjuicio de los niños y las niñas presuntas víctimas en el presente caso.

X
Artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma (Derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal

Consideraciones de la Corte

126. El artículo 4.1 de la Convención dispone que "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

127. El artículo 5.1 y 5.2 de la Convención establece:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

128. El artículo 7 de la Convención dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueron ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

129. El Estado ha reconocido su responsabilidad por la violación de dichos artículos de la Convención Americana en relación con los hechos de julio de 1997 (supra párrs. 34, 96.29 a 96.47). No obstante, en el presente capítulo la Corte considera indispensable hacer algunas precisiones respecto de ciertos puntos relacionados estrechamente con el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, así como determinar si el Estado es responsable por la alegada violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas.

a) Las víctimas de las violaciones de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal

130. El Tribunal observa que, en los propios términos del reconocimiento de responsabilidad estatal, "los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas y arrojaron sus restos al río Guaviare" (supra párr. 96.39).

131. En su escrito de alegatos finales, el Estado señaló que había reconocido expresamente su responsabilidad internacional por la violación de dichos artículos de la Convención, pero especificó que lo hacía "frente a quienes aparecen en [dicho escrito] como víctimas probadas e igualmente frente a quienes prueben de conformidad con el derecho interno la condición de tales". El Estado indicó que las víctimas identificadas en los pronunciamientos penales y disciplinarios en firme son las siguientes:

> […] en las sentencias penales se reconocen como víctimas en Mapiripán a Sinaí Blanco, a José Roland Valencia y a un cadáver identificado como N.N.; y en el corregimiento de La Cooperativa se reconocen como víctimas a Antonio María Barrera, Agustín N., Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón y Raúl Morales.
>
> En el fallo disciplinario se señalan como víctimas mortales a Pacho N.N. y a un N.N. de sexo masculino, y como secuestrados de quien no se conoce aún su paradero a Antonio María Barrera Calle, conocido como "Catumare", y a Nelson N.N. Como víctimas en el corregimiento de La Cooperativa se reconocen como víctimas a Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón, N.N. Morales y Teresa N.N.

132. Ante los alegatos del Estado, la Corte debe determinar quiénes son víctimas de las violaciones de estos derechos; es decir, si

todas las personas ejecutadas son víctimas de las violaciones de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal.

133. La Corte observa que al momento de efectuar dicho reconocimiento el Estado aceptó expresamente que, a pesar de ser aún indeterminado, fueron aproximadamente 49 las víctimas ejecutadas o desaparecidas. En su escrito de alegatos finales, el Estado pretendió limitar el número de víctimas a sólo 12 personas, de las cuales individualiza únicamente a 6 de ellas, lo cual es inconsistente e incompatible con el reconocimiento de responsabilidad efectuado ante este Tribunal. Además, la Corte ha tenido por demostrada la existencia de más víctimas, a saber, Gustavo Caicedo Rodríguez, Diego Armando Martínez Contreras, Hugo Fernando Martínez Contreras, Jaime Riaño Colorado, Omar Patiño Vaca, Eliécer Martínez Vaca, Enrique Pinzón López, Jorge Pinzón López, Luis Eduardo Pinzón López, José Alberto Pinzón López, Edwin Morales, Uriel Garzón, Ana Beiba Ramírez y Manuel Arévalo, quienes han sido individualizadas y que el Estado no incluye en dicha manifestación (supra párrs. 96.51 y 96.52 e infra párr. 254). En el mismo sentido, no es aceptable la pretensión del Estado de limitar las víctimas del presente caso a las personas identificadas "en los pronunciamientos penales y disciplinarios en firme" y "a quienes prueben de conformidad con el derecho interno la condición de tales". De conformidad con el principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), el Estado no puede válidamente oponer razones de orden interno para dejar de atender la responsabilidad internacional ya reconocida ante este Tribunal.[27]

---

[27] Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párrs. 151 a 152; caso Baena Ricardo y Otros. Competencia, supra nota 179, párr. 61, y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 184, párr. 60. Asimismo, cfr. International Court of Justice, Applicability of the Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947 (Advisory Opinion of 26 April 1988), 1988 ICJ, p. 57, summary available at http://www.icjcij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ihqasummary 880426. htm; Permanent Court of

134. Además, en relación con la violación del derecho a la libertad personal, existen elementos de prueba para determinar que las víctimas fueron asesinadas previa reducción a un estado de indefensión e inferioridad:

> […] la indefensión hace relación a la cercanía de medios para su defensa y ello puede observarse en la mordaza impuesta a uno de los cadáveres, al igual que en las ligas de caucho y el nailon hallado en las extremidades superiores, signos manifiestos de impotencia a la que fueron reducidas las personas previa eliminación.[28]

135. Al respecto, el señor Leonardo Iván Cortés Novoa, quien fungía como juez en Mapiripán y estuvo presente al momento de los hechos, declaró:

> Todas las noches yo miraba pasar gente secuestrada, con las manos amarradas atrás y amordazadas en la boca, para ser cruelmente asesinadas, en el matadero municipal de Mapiripán, escuchábamos todas las noches gritos de personas que estaban siendo torturadas y asesinadas pidiendo auxilio, son pocos los vecinos del matadero los que quedaron en el pueblo evadiendo dar testimonio de esta masacre porque como es lógico, ellos […] saben que si hablan pueden ser asesinados.[29]

International Justice, Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, (7 June 1932) (Series A/B) No. 46, p. 167, available at http://www.icjcij.org/icjwww/idecisions/icpij; Permanent Court of International Justice, Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory (4 February 1932), (Series A/B) No. 44, p. 24, available at http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/icpij/; Permanent Court of International Justice, The Greco-Bulgarian "Communities" (31 July 1930) (Series B) No. 17, pp. 32-33, available at http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/icpij/.

28 Cfr. sentencia condenatoria del 18 de junio de 2003, emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folio 47.

29 Cfr. declaración de testigo bajo reserva, rendida ante la Fiscalía General de la Nación el 24 de julio de 1997, expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 29, folio 3392.

136. El propio modus operandi de los hechos del caso permite inferir que, antes de ser ejecutadas, las víctimas fueron privadas arbitrariamente de su libertad y objeto de tortura o graves tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los signos de tortura y las condiciones en que algunos familiares y testigos encontraron algunos de los cadáveres revelan no sólo la atrocidad y barbarie de los hechos, sino también que, en la menos cruel de las situaciones, las víctimas fueron sometidas a graves torturas psicológicas al presenciar las ejecuciones de otras personas y al prever su fatal destino, al verse sometidas a las condiciones de terror ocurridas en Mapiripán entre el 15 y el 20 de julio de 1997.

137. Sería incoherente limitar la determinación de las víctimas a lo establecido en los procesos penales y disciplinarios en este caso, en el cual es precisamente la mayoría de víctimas las que no han sido identificadas, producto del propio modus operandi de la masacre y de las graves faltas al deber de protección por parte del Estado (supra párrs. 96.43 a 96.47 y 116 a 123). Esa falta de identificación es, a su vez, uno de los elementos trascendentales para evaluar la falta de efectividad de las investigaciones y procesos internos en el presente caso (infra párrs. 216 a 240). Tal como se desarrolla en las consideraciones sobre los artículos 8 y 25 de la Convención (infra párrs. 195 a 241), una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho. De tal manera, la obligación de investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad estatal en el presente caso.

138. En consecuencia, y en los términos del reconocimiento de responsabilidad estatal, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de cierto número de víctimas –que el propio Estado mencionó como "aproximadamente 49"–, de las cuales han sido individualizadas los señores José Rolan Valencia, Sinaí

Blanco Santamaría, Antonio María Barrera Calle, Álvaro Tovar Muñoz, Jaime Pinzón, Raúl Morales, Edwin Morales, Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras, Omar Patiño Vaca, Eliécer Martínez Vaca, Gustavo Caicedo Rodríguez, Enrique Pinzón López, Luis Eduardo Pinzón López, Jorge Pinzón López, José Alberto Pinzón López, Jaime Riaño Colorado y Uriel Garzón y la señora Ana Beiba Ramírez.

139. En su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes indicaron que el Estado violó los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aunque no fundamentaron dicho alegato ni lo reiteraron en sus alegatos finales orales y escritos. La Corte observa que los hechos alegados son analizados a la luz de los artículos 5, 8.1 y 25 de la Convención (supra párrs. 130 a 138 e infra párrs. 195 a 241).

b) Violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas

140. Tanto la Comisión como los representantes alegaron la violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas. Al respecto manifestaron que éstos han sufrido el impacto psicológico y han padecido un profundo pesar y angustia como consecuencia directa de las circunstancias de la masacre; de haber estado presentes al momento en que las víctimas fueron detenidas por hombres fuertemente armados; de haber encontrado los cadáveres mutilados de algunas de estas personas; de la desaparición forzada y la falta de oportunidad de dar a sus familiares una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias; de haber sido desplazados; de la falta de actuación e investigación estatal para sancionar a los responsables y de que la masacre no ha sido objeto de una investigación inmediata y efectiva, lo cual sigue teniendo un impacto directo en su seguridad y estado mental. Asimismo, alegaron que el Estado no ha adoptado medida alguna para proteger a dichos familiares de hostigamientos y agresiones, lo cual les ha generado sentimientos de profunda inseguridad y angustia.

141. Como se ha mencionado, el Estado no incluyó a los familiares de las víctimas en su reconocimiento de responsabilidad, razón por la cual la Corte entrará a considerar si, en el presente caso, el Estado incurrió en violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de éstos.

142. La Corte tuvo por probado que los habitantes de Mapiripán estuvieron sometidos a condiciones de terror entre el 15 y el 20 de julio de 1997. Varios de ellos presenciaron cómo los paramilitares se llevaban a sus familiares, escucharon los gritos de auxilio mientras eran torturados, se enteraron y fueron testigos de que los cuerpos fueron arrojados al río y, en dos casos, encontraron el cuerpo torturado de aquéllos. De los hechos del caso se evidencia el profundo miedo, sufrimiento y dolor padecidos por los familiares de las víctimas, como resultado de los actos y el nivel de atrocidad a los cuales fueron sometidas éstas. Esta situación surge de las propias palabras de algunos de los familiares de las víctimas que rindieron su declaración en el proceso ante este Tribunal:

a) Carmen Johanna Jaramillo:

> Cuando me acerqué yo lo conocí, yo le conocí el buso que llevaba y todo, era mi papá. Yo me senté a su lado y perdí noción de todo, casi me vuelvo loca, lo iban a tapar, yo decía no lo tapen que él se va a despertar. Yo me agaché a su lado y levanté su cabeza en mis piernas, y tenía la garganta cortada. Mi papá tenía cortaduras en la carita, lo habían amarrado con un nylon negro, yo dije "¿por qué lo amarraron si él no era malo?" Me quedé con él llorando por tres horas hasta que me sacaron del lugar. Yo no lo podía creer, él era muy bueno, ayudaba a la gente que no tuviera que comer […]. Lo mataron dizque porque era colaborador de la guerrilla. Lo íbamos a sacar pero no dejaron. Los paramilitares decían que donde matan una persona ahí se queda […].[30]

---

[30] Cfr. declaración testimonial rendida ante fedatario público (Affidavit) por la señora Carmen Johanna Jaramillo Giraldo el 4 de febrero de 2005, expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4540.

b) Maryuri Caicedo Contreras:

Cuando volteamos preguntaba dónde estaba mi papá y mis hermanos, y no estaban más atrás. La gente salía de las casas y lloraba, le dijeron a mi mamá que no vuelva porque la podían matar a ella y a sus hijos. Mi mamá lloraba, empezamos a buscarlos, fuimos a buscarlos por el lado del río. Vi gente tirada en el río, vi unas personas que sólo tenían el cuerpo, pero no tenían ni manos, ni cuerpo, ni cabeza. Lo buscábamos por todos lados y no lo encontramos.[31]

c) Nadia Mariana Valencia Sanmiguel:

Según la gente, a mi papá lo habían degollado, habían jugado fútbol con la cabeza de mi papá, y que su cabeza estaba a diez metros del cuerpo.[…] Yo sólo vi una pierna de mi papá cuando él iba pasando en una camioneta.[32]

d) Mariela Contreras Cruz:

[H]ay mucha gente desaparecida y [por] eso no se encontraban los cuerpos sino pedazos y me enteré por comentarios de las viudas y huérfanos. […] había una señora que le decían María y apodaban la Guajira y ella perdió toda la familia, […] y también sé de la señora María Bustos ella perdió dos hermanos […]. La gente comentaba que habían desocupado el pueblo[, que] acabaron con todo el mundo.[33]

---

31 Cfr. declaración jurada rendida por la testigo Maryuri Caicedo Contreras el 16 de febrero de 2005 (expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4569).

32 Cfr. declaración testimonial rendida ante fedatario público (affidavit) por la señora Nadia Mariana Valencia Sanmiguel el 4 de febrero de 2005, expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folios 4535 y 4536.

33 Cfr. declaración de la señora Mariela Contreras Cruz, rendida ante la Notaría 21 del Círculo de Bogotá, el 22 de diciembre de 2003, expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 69, folio 4177.

143. Luego de los hechos de julio de 1997, la mayoría de la población de Mapiripán se desplazó del pueblo; muchos de los familiares se vieron forzados a desplazarse internamente en Colombia y, desde entonces, muchos de ellos han sufrido graves condiciones de vida (supra párr. 96.63 e infra párrs. 169 a 189). Los hechos del caso han generado un profundo estado de miedo, angustia e impotencia en los familiares de las víctimas, lo cual les ha impedido volver a Mapiripán, denunciar los hechos ante las autoridades y participar en los procesos internos. Prueba de ello es que sólo consta que uno de los familiares se ha constituido como parte civil en el proceso penal y que los familiares de sólo cuatro víctimas ejecutadas o desaparecidas han iniciado procesos contencioso administrativos. Dicha situación ha sido determinante, además, para que sólo hayan sido identificados los familiares de algunas de las víctimas de la masacre.

144. Los familiares de las víctimas han sufrido daños como consecuencia de la desaparición y ejecución de las mismas, por la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda de los desaparecidos y el miedo a iniciar o continuar con las búsquedas de sus familiares ante posibles amenazas. Puesto que la mayoría de víctimas se encuentra desaparecida, los familiares no han contado con la posibilidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos fallecidos. Todo lo anterior, además de haber afectado su integridad física y psicológica, ha impactado sus relaciones sociales y laborales, ha alterado la dinámica de sus familias y, en algunos casos, ha puesto en riesgo la vida e integridad personal de algunos de sus miembros (supra párrs. 96.141, 96.145 y 96.175).

145. En el presente caso no ha habido una investigación completa y efectiva sobre los hechos de julio de 1997, como se analizará en este capítulo y en la sección correspondiente a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (infra párrs. 195 a 241). En otros casos, tal ausencia de recursos efectivos ha sido considerada por la Corte como fuente de sufrimiento y angustia adicionales para las víctimas y sus familiares.[34] Debido a la impunidad parcial, los familiares han

[34] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 94, y caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párrs. 113 a 115.

sufrido una profunda ansiedad frente a la posibilidad de enfrentar hostilidades si regresaran a Mapiripán.

146. Más allá de lo anterior, en un caso como el de la masacre de Mapiripán, la Corte considera que no se necesita prueba para demostrar las graves afectaciones a la integridad psíquica y emocional de los familiares de las víctimas. Además, el hecho de que las mismas circunstancias del caso hayan impedido a las autoridades nacionales, así como a este Tribunal, contar con mayor información sobre otros familiares de las víctimas, hacen razonable presumir que todos éstos, identificados y no identificados, sufrieron las circunstancias extremas de la masacre o las consecuencias de ésta. Así, la Corte estima que los familiares de las víctimas individualizados en este proceso (supra párrs. 96.137 a 96.173), así como los que no lo han sido, deben ser considerados a su vez como víctimas de la violación del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado.

XI
Artículo 19 de la Convención Americana en relación con los artículos 4.1, 5.1, 22.1 y 1.1 de la misma (Derechos del niño)

Alegatos de la Comisión

147. La Comisión Interamericana no alegó la violación del artículo 19 de la Convención Americana en la demanda. No obstante, en sus alegatos finales la Comisión señaló que:

> [L]os hechos reconocidos por el Estado sustentan tanto su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4(1), 5(1) y (2) y 7 (1) y (2) de la Convención Americana en perjuicio de aproximadamente 49 víctimas fatales […] como por la ausencia del debido esclarecimien-

to judicial de los hechos, la reparación de sus efectos y la consecuente violación de los artículos 8(1), 19, 22, 25 y en especial el 1(1), que aún hacen parte de la controversia.

Alegatos de los representantes

148. En relación con el artículo 19 de la Convención Americana los representantes señalaron que:

a) las medidas de protección que la condición de menor de edad requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado deben ser garantizadas sin discriminación y deben emplearse con mayor eficiencia en casos en los que los niño/as se encuentran en una situación adicional de vulnerabilidad. Además, el alcance de dichas medidas de protección debe entenderse de manera integral y exige tanto obligaciones positivas como negativas por parte del Estado;

b) de acuerdo con la Convención Americana, así como con otros instrumentos internacionales, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para los niños y niñas en conflictos armados. En el presente caso no lo ha hecho, ya que se requería una protección especial a los menores de edad Hugo Fernando Martínez Contreras y Diego Armando Martínez Contreras. Al momento de los hechos eran doblemente vulnerables por su situación de niñez y porque se encontraban en un conflicto armado;

c) los agentes actuaron de manera deliberada al sustraer a los niños y al no haber realizado ninguna diligencia para retornar y reunificar a estos con su familia;

d) de los 19 familiares nombrados en este litigio, 9 eran menores cuando ocurrieron los hechos. El desarrollo de estos niños se vio gravemente afectado por su desplazamiento, al tener que dejar el estudio para empezar a trabajar o encargarse del cuidado de sus hermanos menores o al tener que separarse de la familia por el estudio, al aguantar hambre, al carecer de atención médica o una casa adecuada, entre otras situaciones, que constituyen violaciones de los derechos del niño.

De acuerdo con la Convención, así como con otros instrumentos internacionales, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para los niños y niñas. Colombia incumplió este deber al no prevenir el desplazamiento, no proteger los/as niños/as durante el desplazamiento, no otorgar asistencia humanitaria adecuada, al no asegurar su retorno, reasentamiento o reintegración en condiciones dignas y seguras; y

e) hasta la fecha las víctimas viven con temor y en situaciones de extrema precariedad. Pese a los deberes que el Estado tiene frente este grupo de mujeres y niños, las familias no han logrado la dignidad y seguridad de que gozaron antes de la masacre y el desplazamiento.

Alegatos del Estado

149. El Estado no hizo referencia al artículo 19 de la Convención Americana.

Consideraciones de la Corte

150. El artículo 19 de la Convención Americana establece que "[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

151. Los representantes alegaron que el Estado había incurrido en violación del artículo 19 de la Convención, lo cual no forma parte del reconocimiento estatal. En el presente caso, los niños Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras fueron ejecutados en la masacre y otros la presenciaron. Además, muchos de los familiares de las víctimas desplazados eran niños y niñas al momento de los hechos y al sufrir las consecuencias del desplazamiento interno al que se vieron forzados.

152. El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones de los derechos humanos son niños y niñas, quienes "tienen además derechos especiales derivados

de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado".[35] El artículo 19 de la Convención Americana debe entenderse como un derecho complementario que el tratado establece para seres humanos que por su desarrollo físico y emocional necesitan medidas de protección especial.[36] En esta materia, rige el principio del interés superior de los mismos, que se funda "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades".[37]

153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño,[38] en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar.[39] Aunado a lo anterior, en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia.[40]

---

35 Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párr. 54. Asimismo, caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 147.

36 Cfr. caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 147; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 164, y Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 213, párr. 54.

37 Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 213, párr. 56, y caso Bulacio, supra nota 193, párr. 134.

38 Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991, entró en vigor el 27 de febrero de 1991.

39 Cfr. caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 148; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 166; caso de "los Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 190, párr. 194, y Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 213, párr. 24.

40 Cfr. artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que:

> El numeral 3º del artículo 4º del [Protocolo II] confiere un tratamiento privilegiado a los niños, con el fin de darles el cuidado y la ayuda que éstos necesitan, sobre todo en relación con la educación y la unidad familiar. Igualmente se señala que los menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades. La Corte considera que esa protección especial a los niños armoniza plenamente con la Constitución, puesto que no sólo ellos se encuentran en situación de debilidad manifiesta (CP, art. 13) frente a los conflictos armados sino que, además, la Carta confiere prevalencia a los derechos de los niños (CP, art. 44) […].[41]

154. Asimismo, los artículos 38 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño disponen:

> Artículo 38
> 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. […]

---

seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar sudesarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores".

41 Cfr. sentencia C-225/95 del 18 de mayo de 1995, emitida por Corte Constitucional, párr. 37.

> 4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.
>
> Artículo 39
> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: […] tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

155. La Corte considera necesario llamar la atención sobre las particulares consecuencias que la brutalidad con que fueron cometidos los hechos han tenido en los niños y las niñas en el presente caso, en el cual, *inter alia*, han sido víctimas de la violencia en situación de conflicto armado, han quedado parcialmente huérfanos, han sido desplazados y han visto violentada su integridad física y psicológica.

156. La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, como en el presente caso, pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada. La Corte, citando la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, ha considerado que "[d]eben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, […] los niños refugiados y desplazados, [y] los niños en situaciones de conflicto armado […]".[42]

157. En el mismo sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos ha manifestado que "la población

---

[42] Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 213, párr. 82.

infantil colombiana padece con mayor rigor las consecuencias del conflicto armado interno".[43] Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación debido a que "los efectos directos del conflicto armado [en Colombia] tienen consecuencias negativas muy importantes en el desarrollo de los niños y obstaculizan grandemente el ejercicio de muchos de los derechos de la mayoría [de éstos] en el Estado Parte".[44] En particular, el conflicto armado constituye una "amenaza […] para la vida de los niños, incluidas las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones y torturas cometidas por […] grupos paramilitares".[45] Asimismo, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados ha considerado que los niños y las niñas que han sido expuestos a "violencia y matanzas, desplazamiento, violación o la pérdida de seres queridos llevan consigo las cicatrices del miedo y el odio".[46]

158. La Corte observa que los hechos específicos del presente caso que han afectado a niños y niñas, evidencian su desprotección con anterioridad, durante y con posterioridad a la masacre.

159. En primer lugar, el Estado tenía pleno conocimiento de que la región donde se encuentra Mapiripán se caracterizaba por altos grados de violencia dentro del marco del conflicto armado interno (supra párr. 96.23), a pesar de lo cual omitió proteger a la población de Mapiripán, particularmente a sus niños y niñas.

---

43 Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2001/15, 20 de marzo de 2001, expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 39, folio 3617.

44 Cfr. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia, 16/10/2000, CRC/C/15/Add.137, 25º periodo de sesiones, Comité de los Derechos del Niño, párr. 10.

45 Ibídem, párr. 34.

46 *Cfr.* Informe del Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados. Doc. de la Asamblea General de Naciones Unidas A/54/430 del 1 de octubre de 1999, párr. 25.

160. Por otro lado, tal como fue establecido (supra párrs. 96.36 y 96.55), la violencia desatada durante la masacre de Mapiripán alcanzó con particular intensidad a los niños y las niñas de la población: muchos de ellos vieron cómo se llevaban a sus familiares –en su mayoría padres–, escucharon sus gritos de auxilio, vieron restos de cuerpos tirados, degollados o decapitados y, en ciertos casos, supieron lo que los paramilitares les habían hecho a sus familiares. Más aún, durante la masacre fueron ejecutados o desaparecidos los niños Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, de 16 y 15 años de edad respectivamente (supra párr. 96.40), y existen declaraciones de testigos de los hechos que refieren niños no identificados que habrían sido ejecutados, incluidos algunos de meses de nacidos (supra párrs. 96.52 y 75.l). Además, surge del expediente que los entonces niño y niñas Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras y Maryuri Caicedo Contreras fueron amenazados por los paramilitares al tratar de seguir o de buscar a sus familiares durante los días de la masacre. En ese sentido, Gustavo Caicedo Contreras, de 7 años de edad al momento de los hechos, manifestó que "a [los paramilitares] no les importaba si eran niños o bebés, se los llevaban por el sólo hecho de preguntar por el familiar que […] tenían".[47]

161. Con posterioridad a la masacre de Mapiripán, numerosas familias salieron del pueblo y, en su gran mayoría, no han regresado a éste. Tal como se desarrolla en el capítulo respectivo, los niños y las niñas, al verse desplazados –en particular Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber–, se vieron sometidos a condiciones como la separación de sus familias, el abandono de sus pertenencias y sus hogares, el rechazo, el hambre y el frío. Por ejem-

---

[47] Cfr. declaración jurada rendida por el testigo Gustavo Caicedo Contreras el 16 de febrero de 2005, expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4566.

plo, la entonces menor de edad Carmen Johanna Jaramillo Giraldo sufrió amenazas por parte de los paramilitares con posterioridad a la masacre (supra párr. 96.141). Por su parte, Gustavo Caicedo Contreras, de 7 años de edad al momento de los hechos, manifestó que se ha sentido rechazado "porque cuando estaba en Bogotá la gente lo miraba […] medio raro por ser desplazado".[48] Además, algunos de los niños y las niñas desplazados tuvieron que vivir en "casas" hechas de lata y plástico, y hacerse cargo de sus hermanos menores, debido a que sus madres debieron buscar empleo para el sustento familiar. Al respecto, Johanna Marina Valencia Sanmiguel, de 8 años de edad al momento de los hechos, manifestó: "Aguantamos hambre y mi madre tuvo que trabajar para conseguir la comida. Tuve que empezar a cuidar a mis hermanos desde los ocho años. Tengo un hermano con necesidades especiales y tuve que darle tetero y limpiarlo. También tuve que cocinar […]".[49]

162. La obligación del Estado de respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción presenta modalidades especiales en el caso de los niños y niñas, y se transforma en una obligación de "prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél".[50] En el caso *sub judice*, la masacre y sus consecuencias crearon un clima de permanente tensión y violencia que afectó el derecho a una vida digna de los niños y las niñas de Mapiripán. En consecuencia, la Corte considera que el Estado no creó las condiciones ni tomó las medidas necesarias para que los niños y las niñas del presente caso tuvieran y desarrollaran una vida digna, sino más bien se les ha expuesto a un clima de violencia e inseguridad.

---

48 Ibídem, folio 4567.

49 Cfr. declaración jurada rendida por la testigo Johanna Marina Valencia Sanmiguel el 16 de febrero de 2005, expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4577.

50 Cfr. caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párrs. 124 y 171, y caso Bulacio, supra nota 193, párr. 138.

163. Como consecuencia de la desprotección a que el Estado ha sometido a los niños y niñas, antes, durante y después de la masacre, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 4.1, 5.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras, y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber. Además, el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 22.1, 4.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de quienes fueron niños y niñas desplazados de Mapiripán, de los cuales han sido individualizados en este proceso Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Gustavo Caicedo Contreras, Maryuri Caicedo Contreras, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras y los hermanos Valencia Sanmiguel, a saber, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber.

XII
Desplazamiento interno de los familiares de las víctimas (artículo 22.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1 de la misma)

Alegatos de la Comisión

164. La Comisión Interamericana no alegó la violación del artículo 22.1 de la Convención Americana en la demanda, pero se refirió a la situación de desplazamiento que han enfrentado los familiares de las víctimas en sus alegatos sobre las violaciones a los artículos 5, 8.1 y 25 de la Convención. No obstante, en sus alegatos finales escritos señaló que "los hechos reconocidos por el Estado sustentan tanto su responsabilidad internacional por la violación de los artícu-

los 4(1), 5(1) y (2) y 7 (1) y (2) de la Convención Americana en perjuicio de aproximadamente 49 víctimas fatales […] como por la ausencia del debido esclarecimiento judicial de los hechos, la reparación de sus efectos y la consecuente violación de los artículos 8(1), 19, 22, 25 y en especial el 1(1), que aún hacen parte de la controversia."

Alegatos de los representantes

165. Los representantes alegaron que, en razón del desplazamiento interno al que se han visto forzados los familiares de las víctimas que representan, el Estado es responsable por la violación del artículo 22.1 de la Convención Americana. En particular, fundamentaron su solicitud en las siguientes razones:

a) el derecho de las presuntas víctimas y sus familiares de circulación y de residencia fue vulnerado en tres formas:

i. durante los días que los paramilitares ocuparon Mapiripán, mantuvieron a los habitantes presos en sus casas mientras llevaban a cabo su plan de detenciones, torturas, asesinatos y desapariciones; además, el Estado no adoptó medidas para rescatar a las víctimas de la masacre o a sus familiares;
ii. a raíz de la masacre y la inacción del Estado, todos los familiares de las presuntas víctimas fueron obligados a desplazarse forzosamente. Los residentes del pueblo tuvieron que abandonar sus residencias, sus trabajos y su comunidad, y desplazarse. De aproximadamente 3000 personas la población de Mapiripán fue reducida a aproximadamente 136 familias;
iii. seis años después de la masacre, el Estado no ha garantizado las condiciones de seguridad necesarias, dada la situación de orden público existente en Mapiripán, para que los familiares de las presuntas víctimas retornen a sus residencias, vulnerando el derecho de estas personas a elegir el lugar de residencia;

b) al salir de su pueblo los familiares de Sinaí Blanco Santamaría, José Rolan Valencia, Antonio María Barrera, Jaime Riaño Colorado, Enrique Pinzón López, Jorge Pinzón López, Luis Eduardo Pinzón López, José Alberto Pinzón López, Fernando Martínez Contreras, Diego Martínez Contreras y Gustavo Caicedo Rodríguez perdieron sus casas, pertenencias, tierras, cosechas, estudios, amistades y relaciones;

c) pese a sus obligaciones internacionales (Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas) y nacionales (Ley 387 de 1997), el Estado no adoptó medida alguna para prevenir el desplazamiento de los residentes de Mapiripán. El objetivo de la masacre era precisamente "sembrar pánico en la población" y, por lo tanto, el desplazamiento forzado de los pobladores era una consecuencia esperada;

e) [sic] después de los hechos las mujeres ocuparon el lugar de cabeza de familia, luchando para sobrevivir a las amenazas y hostigamientos, estigmatización, desempleo, hambre, la separación de la familia, la falta de acceso a servicios de salud y educación, vivienda, entre otras situaciones que enfrentaron por su condición como desplazados;

f) de los 19 familiares nombrados en este litigio, 9 eran menores de edad cuando ocurrieron los hechos. El desarrollo de estos niños se vio gravemente afectado por su desplazamiento, al tener que dejar el estudio para empezar a trabajar o encargarse del cuidado de sus hermanos menores o al tener que separarse de la familia por el estudio, al aguantar hambre, al carecer de atención médica o una casa adecuada, entre otras situaciones, que constituyen violaciones de los derechos del niño. Colombia incumplió su deber de protección de los niños y niñas al no prevenir su desplazamiento, al no protegerles durante esa situación, no otorgarles asistencia humanitaria adecuada, y al no asegurar su retorno, reasentamiento o reintegración en condiciones dignas y seguras. Los sentimientos de desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia generados como consecuencia del desplazamiento forzado constituyen una violación del derecho a la integridad personal; y

g) a la fecha las víctimas viven con temor en situaciones de extrema precariedad. Pese a los deberes que el Estado tiene frente este grupo de mujeres y niños, las familias no han logrado la dignidad y seguridad de que gozaron antes de la masacre y el desplazamiento.

Alegatos del Estado

166. Pese a que el Estado no se refirió a la supuesta violación del artículo 22.1 de la Convención, alegada por los representantes, aquél señaló que se han realizado de manera permanente "consejos de seguridad" en la Alcaldía de Mapiripán con el fin de tratar la situación de orden público y analizar la problemática del desplazamiento forzado y adoptar medidas para la atención de este fenómeno. Además, con el propósito de atender a la población desplazada adoptó el "Plan de contingencia local para la prevención de población desplazada por la violencia" concebido como un conjunto de programas, herramientas y acciones tendientes a mitigar y/o atender las necesidades básicas de la población afectada por el desplazamiento.

Consideraciones de la Corte

167. Los incisos 1 y 4 del artículo 22 de la Convención Americana establecen que:

> 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. […]
> 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. […]

168. Esta Corte ha señalado que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.[51] Asi-

[51] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 110, y caso Ricardo Canese, supra nota 185, párr. 115.

mismo, el Tribunal ha coincidido con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Comentario General No. 27, el cual establece que el derecho de circulación y de residencia consiste, *inter alia*, en lo siguiente: a) el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en ese Estado y escoger su lugar de residencia; y b) el derecho de una persona a ingresar a su país y permanecer en él. El disfrute de este derecho no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar.[52]

169. En el presente caso, los representantes alegaron que el Estado había incurrido en una violación del artículo 22.1 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas que representan, debido al desplazamiento interno al que se han visto forzados. Ciertamente cabe establecer, con base en los hechos reconocidos por el Estado, que las familias de las víctimas vieron restringida su libertad de movimiento mientras los paramilitares permanecieron en Mapiripán durante los hechos de julio de 1997 (supra párr. 96.35). Además, está probado que muchos de los familiares de las víctimas de Mapiripán se vieron desplazados con posterioridad a la masacre (supra párrs. 96.63 y 96.64). Sin embargo, en consideración de las circunstancias del presente caso y la compleja situación de vulnerabilidad que afecta a las personas que sufren el fenómeno del desplazamiento forzado interno, la Corte estima necesario analizar la dinámica de dicho fenómeno en el particular contexto del conflicto armado interno que vive Colombia, antes de determinar si en el presente caso el Estado ha violado la Convención en perjuicio de los familiares por esta situación.

170. En el reciente *caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname*, este Tribunal estimó que, independientemente de la existencia de legislación sobre la materia en el Estado demandado, la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad Moiwana

---

[52] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 110, y caso Ricardo Canese, supra nota 185, párr. 115. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comentario General No. 27 del 2 denoviembre de 1999, párrs. 1, 4, 5 y 19.

que habían sido desplazados se encontraba limitada por una restricción *de facto* originada en el miedo que sentían por su seguridad y por el hecho de que el Estado no había efectuado una investigación penal, que los alejaba de su territorio ancestral. La Corte señaló que el Estado no había establecido las condiciones ni provisto los medios que permitieran a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales. Además, el Estado no había realizado una investigación penal efectiva para poner fin a la impunidad reinante en el caso, situación que les impedía regresar. Ese conjunto de hechos privó a los miembros de la comunidad que habían sido desplazados dentro del Estado, así como de aquellos que todavía se encontraban exiliados en la Guyana Francesa, de sus derechos de circulación y residencia, por lo que la Corte declaró al Estado responsable por la violación del artículo 22 de la Convención en perjuicio de los miembros de esa comunidad.[53]

171. La Corte considera de particular relevancia para definir el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención en un contexto de desplazamiento interno, el contenido de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos emitidos en 1998 por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas.[54]

172. Además, en la situación de conflicto armado interno colombiano, también resultan especialmente útiles para la aplicación de la Convención Americana las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949. Específicamente, el artículo 17 del Protocolo II prohíbe ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas y, en este último caso, se deberán tomar "todas las medidas posibles para que la población civil

---

[53] Cfr. declaración jurada rendida por la testigo Johanna Marina Valencia Sanmiguel el 16 de febrero de 2005, expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4577.

[54] Cfr. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, E/CN.4/1998/53/Add.2 de 11 de febrero de 1998. Ver también, caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párrs. 113 a 120.

sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación". Al respecto, en una sentencia de 1995 la Corte Constitucional de Colombia consideró que, "en el caso colombiano, además, la aplicación de esas reglas por las partes en conflicto se revela particularmente imperiosa e importante, puesto que el conflicto armado que vive el país ha afectado de manera grave a la población civil, como lo demuestran, por ejemplo, los alarmantes datos sobre desplazamiento forzado de personas".[55]

173. Los hechos del presente caso se enmarcan en una situación generalizada de desplazamiento forzado interno que afecta a Colombia y que es causada por el conflicto armado interno. Según fue señalado, este problema, cuya dinámica actual tuvo su inicio en la década de los años ochenta, se ha agravado progresivamente y actualmente afecta a una población que oscila entre 1.5 y 3 millones de personas desplazadas (supra párr. 96.57).

174. La Corte observa que el fenómeno del desplazamiento interno y sus consecuencias han sido ampliamente analizados desde diversas perspectivas. Recientemente, la Corte Constitucional de Colombia dictó una comprensiva sentencia en la que consideró las acciones de tutela interpuestas por 1150 núcleos familiares de población desplazada, compuestos principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores de edad, así como algunos indígenas. En esta sentencia, se refirió a dicha situación de vulnerabilidad de los desplazados en los siguientes términos:

> […] por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas […] que se ven obligadas "a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional" para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor

---

[55] Cfr. sentencia C-225/95 del 18 de mayo de 1995, emitida por Corte Constitucional, párr. 33.

de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: "Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado". En ese mismo orden de ideas, ha indicado la Corte "la necesidad de inclinar la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública", dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional .[56]

175. Los motivos y las manifestaciones de la vulnerabilidad acentuada en los desplazados han sido caracterizados desde diversas perspectivas. Dicha vulnerabilidad es reforzada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazada, niñas y niños, jóvenes y personas de la tercera edad. La crisis del desplazamiento interno provoca a su vez una crisis de seguridad, dado que los grupos de desplazados internos se convierten en un nuevo foco o recurso de reclutamiento para los propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla.[57] El retorno de los desplazados a sus hogares carece, en muchos casos, de las condiciones necesarias de seguridad y de dignidad para ellos[58] y, dentro de

---

[56] Cfr. sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, expediente de anexos a los alegatos finales presentados por los representantes, tomo I, folios 5153 y 5154.

[57] *Cfr.* Consejo Económico y Social, Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, E/CN.4/2005/48, 3 de marzo de 2005, párr. 38.

[58] *Cfr.* Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003, párr. 94, expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 41, folio 3717.

los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno, además de graves repercusiones psicológicas en ellos, se han destacado i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, ii) la marginación, iii) la pérdida del hogar, iv) el desempleo, v) el deterioro de las condiciones de vida, vi) el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, viii) la inseguridad alimentaria, y ix) la desarticulación social, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida (supra párr. 96.59).

176. La Corte Constitucional de Colombia determinó, en la sentencia ya mencionada (supra párr. 174), que la crisis humanitaria provocada por el fenómeno del desplazamiento interno es de tal magnitud y tan preocupante, que puede ser calificada como "un verdadero estado de emergencia social"; "una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas" y "un serio peligro para la sociedad política colombiana". Estableció que implica una "violación masiva, prolongada y sistemática" de un amplio conjunto de derechos fundamentales, cuyo contenido interpretó a la luz de los Principios Rectores sobre el Desplazamiento Forzado.[59]

177. En razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o pone en riesgo, y en atención a dichas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados como sujetos de derechos humanos, su situación puede ser entendida como una condición individual *de facto* de desprotección respecto del resto de personas que se encuentren en situaciones semejantes. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión social, que se presenta en el contexto histórico específico del conflicto armado interno en Colombia, y conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de los desplazados a los recursos

---

[59] Cfr. sentencia T-025/04 de 22 de enero de 2004, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, expediente de anexos a los alegatos finales presentados por los representantes, tomo I, folios 5153 a 5162.

públicos administrados por el Estado. Dicha condición es reproducida por prejuicios culturales que dificultan la integración de los desplazados a la sociedad y pueden llevar a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

178. En relación con esa situación de desigualdad, es pertinente recordar que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones. En cumplimiento de dichas obligaciones, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure o de facto*, así como a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.[60]

179. En los términos de la Convención Americana, la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* actuaciones y prácticas de terceros particulares.

180. En el presente caso, las características de la masacre ocurrida en Mapiripán, las vivencias de los días en que sucedió la masacre, los daños sufridos por las familias, aunado al miedo de los familiares a que se repitieran hechos similares, al amedrentamiento y amenazas recibidas por algunos de ellos por parte de paramilitares, así

---

[60] Cfr. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC 18/03, supra nota 190, párrs. 86 a 105.

como a dar su testimonio o de haberlo dado, provocó el desplazamiento interno de muchas familias de Mapiripán. Es posible que algunos de los familiares desplazados no vivieran en Mapiripán al momento de los hechos sino en los alrededores, pero se vieron igualmente obligados a desplazarse como consecuencia de los mismos. Según se desprende de los propios testimonios, muchas de esas personas han enfrentado graves condiciones de pobreza y la falta de acceso a muchos servicios básicos; por ejemplo:

Zuli Herrera Contreras manifestó:

> Mi mamá estaba destrozada, en un momentito perdió todo, los niños más pequeños lloraban por el papá de ellos, por sus hermanos y preguntaban todo el tiempo por ellos. […] [En Bogotá] hicimos un ranchito con lata y plástico. Fue muy difícil, mi esposo no tenía trabajo, yo tampoco. Había días que mis hijos se tenían que pegar a la llave del tanque para saciar su hambre. Fue muy duro que los hijos pidan de comer y no tener que darles.[61]

Yur Mary Herrera Contreras expresó: "[Mis familiares] tuvieron que dejar todo en Mapiripán, tuvieron que mudar de finca en finca […]. Durante esos tres años que no tuve noticias de ellos, estaba muy asustada".[62]

181. Algunos de los familiares de las víctimas –verdaderos sobrevivientes de la masacre– tienen la convicción de que no podrán regresar a Mapiripán mientras no obtengan justicia por los hechos de la misma. Asimismo, varios de ellos han declarado su profunda preocupación ante la posibilidad de sufrir agresiones, una vez más, si

---

61 Cfr. declaración testimonial rendida ante fedatario público (Affidavit) por la señora Zuli Herrera Contreras el 4 de febrero de 2005, expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4530).

62 Cfr. declaración testimonial rendida ante fedatario público (Affidavit) por la señora Yur Mary Herrera Contreras el 4 de febrero del 2005, expediente sobre declaraciones rendidas o autenticadas ante fedatario público, folio 4524.

vuelven a Mapiripán, que se encuentra ubicada en un área con presencia paramilitar (supra párrs. 75.a y 76.f). Es decir, que su derecho a la seguridad personal se ve vulnerado por la situación de desplazamiento, tanto por la situación que han vivido como por no haber recibido las condiciones necesarias para regresar a Mapiripán, en caso de que así lo hayan deseado.

182. La Corte debe enfatizar que al enfrentar la situación de desplazamiento interno, que constituye uno de los más grandes problemas provocados por el conflicto, Colombia ha adoptado una serie de medidas a niveles legislativo, administrativo y judicial, incluyendo múltiples leyes, decretos, documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), resoluciones y directivas presidenciales. Entre esas medidas cabe destacar la Ley No. 387 del 18 de julio de 1997, en la cual se define el concepto de desplazado y se otorga un estatus jurídico especial a la persona que se encuentre en esa situación. A su vez, se han desarrollado una gran variedad de políticas públicas en relación con el problema del desplazamiento, inclusive programas de producción, alianzas con el sector privado y diversos programas de apoyo (supra párr. 96.61). No obstante, la propia Corte Constitucional de Colombia, al resolver las acciones de tutela de referencia, declaró:

> [...] la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.[63]

---

[63] Cfr. sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, expediente de anexos a los alegatos finales presentados por los representantes, tomo I, folio 5163.

En particular, determinó que a pesar de las acciones realizadas por algunas entidades estatales para mitigar los problemas de la población desplazada y los importantes avances obtenidos, no ha sido posible proteger integralmente los derechos de la población desplazada, ni contrarrestar el grave deterioro de sus condiciones de vulnerabilidad, debido principalmente a la precariedad de la capacidad institucional para implementar las políticas estatales y la asignación insuficiente de recursos.[64]

183. En el presente caso, algunos de los familiares desplazados de Mapiripán han sido identificados en el proceso ante esta Corte. Al respecto, en esta sentencia la Corte determinó que la falta de identificación de todos los familiares de las víctimas obedece a las circunstancias mismas en que se produjo la masacre y al profundo temor que han experimentado (supra párrs. 96.47, 96.174 y 140 a 146). Esa misma dinámica impide saber con certeza cuántos de los familiares se vieron desplazados en este caso, por lo que el Tribunal puede evaluar esta situación únicamente respecto de quienes han demostrado dicha condición en este proceso. No obstante, la Corte deja constancia de su profunda preocupación por el hecho de que posiblemente fueron muchas otras las personas que enfrentaron dicha situación y que no fueron identificadas en el proceso ante ella.

184. A su vez, el Tribunal valora positivamente el hecho de que algunos de los familiares de las víctimas identificadas, a saber: Nory Giraldo de Jaramillo, Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Luz Mery Pinzón López, la familia de Mariela Contreras Cruz y la familia Valencia Sanmiguel, han recibido ayuda o apoyo por parte del Estado en razón de su condición de personas desplazadas (supra párr. 96.65).

185. Por otra parte, los representantes informaron al final de este proceso acerca de la existencia de que al menos 10 demandas "interpuestas por familiares de víctimas en relación con los hechos de Mapiripán, que se tramitan ante el contencioso administrativo", así

---

[64] Cfr. sentencia T-025/04 del 22 de enero de 2004, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, expediente de anexos a los alegatos finales presentados por los representantes, tomo I, folios 5166 a 5174.

como información sobre personas desplazadas "que no representa el Colectivo de Abogados [José Alvear Restrepo] ante el contencioso administrativo en Colombia, sobre los cuales [tiene] conocimiento que han recibido ayuda humanitaria por los hechos de Mapiripán". La Corte no conoce las razones por las cuales los representantes no informaron sino hasta el final del proceso ante este Tribunal acerca de la existencia de esos otros procesos contencioso administrativos, aun cuando según la información aportada, al parecer los mismos fueron iniciados en su mayoría en 1999. Los representantes tampoco informaron las razones por las cuales no representaron a esas personas que son presuntamente familiares de víctimas de la masacre. Por otro lado, de las declaraciones de testigos rendidas a nivel interno surgen los nombres de otras personas que también habrían sido desplazadas como consecuencia de los hechos, por ejemplo Jesús Antonio Morales, Nery Alfonso Ortiz, Ana Betulia Alfonso, Luz Helena Molina, Ana Tulia Agudelo, Norberto Cortés, Margarita Franco Ramírez y Leonardo Iván Cortés Novoa. Además, como prueba para mejor resolver solicitada por la Corte, el Estado presentó una lista de aproximadamente 400 personas que han sido desplazadas de Mapiripán, en la cual no se especifica quiénes son familiares de víctimas de la masacre. Por no contar con mayor información, el Tribunal no se ha referido a esas otras personas indicadas como familiares de víctimas o como desplazados y dicha situación no será tomada en cuenta en este capítulo, sin perjuicio de que puedan presentarse ante las autoridades nacionales a hacer valer sus derechos.

186. En conclusión, la Corte observa que la situación de desplazamiento forzado interno que han enfrentado los familiares de las víctimas no puede ser desvinculada de las otras violaciones declaradas en la presente sentencia. Las circunstancias del presente caso y la especial y compleja situación de vulnerabilidad que afecta a dichas personas, incluyen pero trascienden el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la Convención. En efecto, el desplazamiento de esos familiares tiene origen en la desprotección sufrida durante la masacre y revela sus efectos en las violaciones a su integridad personal (supra párrs. 143,

144 y 146) y en las consecuencias de las faltas al deber de investigar los hechos, que han derivado en impunidad parcial (infra párrs. 216 a 240). Además, fue analizada la violación del artículo 19 de dicho instrumento por la desprotección a que se han visto sometidos quienes eran niños y niñas al momento de ser desplazados o mantienen esa condición actualmente (supra párr. 161 a 163). El conjunto de estos elementos lleva al Tribunal a considerar que, más allá del contenido normativo del artículo 22 de la Convención, la situación de desplazamiento analizada también ha afectado el derecho de los familiares de las víctimas a una vida digna,[65] en relación con el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en esas normas.

187. En este sentido, el Tribunal ha señalado que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.[66]

188. Mediante una interpretación evolutiva del artículo 22 de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 22.1 de la Convención protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte en la misma. Para efectos del presente caso, esto también ha sido recono-

---

[65] Cfr. caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12, párrs. 162 y 163; caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 164, y caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra nota 193, párr. 191.

[66] Cfr. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12, párr. 125; Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 184, párrs. 146 a 148, y caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75, párrs. 41-44.

cido por dicha Corte Constitucional de Colombia al interpretar el contenido del derecho constitucional a escoger su lugar de domicilio, "en la medida en que para huir del riesgo que pesa sobre su vida e integridad personal, los desplazados se ven forzados a escapar de su sitio habitual de residencia y trabajo".[67]

189. Por las razones anteriores, la Corte declara que Colombia violó el artículo 22.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Mariela Contreras Cruz, Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras, Maryuri y Gustavo Caicedo Contreras, Zuli Herrera Contreras, Nory Giraldo de Jaramillo, Carmen Johanna Jaramillo Giraldo, Marina Sanmiguel Duarte; Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber, todos Valencia Sanmiguel; Teresa López de Pinzón y Luz Mery Pinzón López. De estas personas, al momento de los hechos, eran menores de edad Rusbel Asdrúbal Martínez Contreras, Maryuri y Gustavo Caicedo Contreras, Nadia Mariana, Yinda Adriana, Johanna Marina, Roland Andrés y Ronald Mayiber, todos Valencia Sanmiguel y Carmen Johanna Jaramillo.

XIII
Artículos 8.1 y 25 de la convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma (Derechos a las garantías judiciales y protección judicial)

Alegatos de la Comisión

190. La Comisión Interamericana consideró que el Estado ha violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en razón de que:

---

[67] Cfr. sentencia T-025/04 de 22 de enero de 2004, emitida por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, expediente de anexos a los alegatos finales presentados por los representantes, tomo I, folio 5156.

a) el Estado ha incumplido con su obligación de investigar las violaciones del derecho a la libertad, la integridad personal y la vida perpetrados contra las presuntas víctimas y juzgar a los responsables;

b) las actuaciones judiciales llevadas adelante por el Estado para esclarecer la responsabilidad de civiles y militares en la comisión de la masacre no satisfacen los requisitos previstos en la Convención Americana relativos a las garantías del debido proceso y la debida protección judicial;

c) si bien la investigación de la Fiscalía General de la Nación arroja luz sobre los sucesos, ésta no ha conducido al juzgamiento efectivo de todos los civiles y militares responsables;

d) si bien el 18 de junio de 2003 se profirió una condena en primera instancia contra cinco personas, de los hechos del caso se desprende la participación de más de 100 personas en la masacre;

e) a pesar de la envergadura de la incursión paramilitar en Mapiripán y los grados de colaboración verificados no se ha logrado en un plazo razonable el esclarecimiento judicial de la masacre ni se ha juzgado en forma efectiva a los responsables y reparado a las presuntas víctimas;

f) la negligencia del Estado en examinar las circunstancias de la masacre vulnera el derecho a las garantías judiciales;

g) la asignación de parte de la investigación a la justicia penal militar viola los derechos a la protección judicial y a las garantías al debido proceso. Los cargos contra el brigadier general Humberto Uscátegui Ramírez y el teniente coronel Orozco Castro en la jurisdicción penal militar se refieren únicamente a conductas omisivas relacionadas con la función militar y a la falsedad ideológica de documento. Los cargos por secuestro extorsivo, tortura, homicidio y conformación de grupos paramilitares que habían sido formulados inicialmente por la justicia ordinaria, fueron dejados de lado por la justicia penal militar. Tras ser condenado a 40 meses de prisión por el delito de prevaricato por omisión, y absuelto por el delito de falsedad de documento público, y haber cumplido 16 meses en prisión, el general Uscátegui fue dejado en libertad por decisión del Tribunal Superior Militar. El juzgamiento del brigadier general Uscátegui ante

la jurisdicción penal militar privó a las presuntas víctimas y sus familiares el acceso a un tribunal independiente e imparcial;

h) cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, como el fuero militar, la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas. La jurisdicción castrense no es competente para juzgar violaciones de los derechos humanos ya que éstas no son faltas relacionadas con la función militar y esta jurisdicción debe aplicarse por excepción solamente a delitos de función cometidos por miembros de las fuerzas armadas;

i) la jurisdicción ordinaria produjo resultados insuficientes en su investigación: de más de doscientas personas involucradas en la comisión de los hechos del caso, una ínfima parte de los autores intelectuales y materiales de la masacre han sido vinculados: sólo 15 han sido vinculadas a la investigación; sólo 8 fueron enjuiciadas; sólo siete han sido condenadas; sólo 5 estuvieron bajo medida de aseguramiento, 2 de las cuales resultaron beneficiadas con la preclusión de la investigación y 3 fueron dejadas en libertad. Varias órdenes de detención no han sido ejecutadas a pesar de tratarse de personas que mantienen contacto habitual con la prensa, y en ciertas ocasiones, con funcionarios públicos. A pesar de que se han dictado órdenes de detención, sólo 6 de las 14 personas, ya sea condenadas en primera instancia o vinculadas a la investigación, se encuentran privadas de la libertad en forma definitiva o preventiva. La investigación para vincular al resto de los autores materiales de los hechos permanece abierta casi ocho años después de la masacre, la cual se encuentra aún en la etapa de investigación preliminar respecto de la mayoría de partícipes. Todo ello ha llevado a la impunidad;

j) el Estado tiene el deber de investigar y sancionar de manera seria las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. Dicha investigación debe incluir la plena identificación de todas las víctimas. El Estado no ha sido capaz de recabar la prueba esencial necesaria para la identificación de la totalidad de las víctimas y la determinación de su número, pese a

la existencia de indicios y referencias sobre su posible identidad. El Estado no ha adoptado las medidas necesarias para la recuperación de los cuerpos de las presuntas víctimas. Estas violaciones impiden que se satisfaga el derecho a la verdad de la sociedad en su conjunto;

k) los familiares tienen el derecho a que la muerte de sus seres queridos sea efectivamente investigada por las autoridades, se siga un proceso judicial contra los responsables, se impongan las sanciones pertinentes y se reparen los perjuicios sufridos;

l) la jurisdicción contencioso-administrativa es, por sí misma, inadecuada para juzgar y sancionar a los responsables y reparar integralmente las consecuencias de violaciones de los derechos humanos;

m) el proceso disciplinario contra miembros del ejército por conducta omisiva en defensa de la población de Mapiripán, no satisface los requisitos establecidos por la Convención Americana relativos a la protección judicial;

n) como regla general, una investigación penal debe realizarse prontamente para proteger los intereses de las víctimas, preservar la prueba y salvaguardar los derechos de toda persona que en el contexto de la investigación sea considerada sospechosa. El retardo en las actuaciones judiciales constituye una violación del deber del Estado de esclarecer los hechos, juzgar y sancionar a los responsables de las graves violaciones cometidas conforme a los estándares de plazo razonable y protección judicial efectiva y ha impedido a los familiares el ejercicio real de su derecho a la justicia y su derecho a saber la verdad sobre lo que ocurrió con las víctimas;

o) en casos como el presente las autoridades deben actuar de oficio e impulsar la investigación, sin hacer recaer esta carga en la iniciativa de los familiares, quienes, en el contexto específico de los actos criminales cometidos por fuerzas paramilitares en Colombia, cuando denuncian los hechos son objeto de permanente hostigamiento o son asesinados e inclusive sus tumbas son violentadas. Pese a los reiterados requerimientos de la parte civil, hasta el momento las autoridades no han vinculado a la investigación a diversos oficiales de las fuerzas armadas y policiales que con su conducta omisiva contribuyeron a la ejecución de la masacre; y

p) el hecho de que los familiares de las víctimas no cuenten con todas las garantías necesarias para denunciar los hechos a nivel interno, más allá de las eventuales "reservas" de identidad, no sólo imposibilita que puedan conocer la verdad de lo que ocurre en la investigación, sino que, además, dificulta su colaboración o participación en la misma.

Alegatos de los representantes

191. En relación con los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, los representantes estuvieron de acuerdo con los alegatos de la Comisión en el sentido que el Estado ha violado los derechos contenidos en dichas normas, y señalaron que:

a) la investigación de la masacre de Mapiripán no fue llevada a cabo de manera eficaz e imparcial. La ineficacia de la investigación es ilustrada por la no identificación de las presuntas víctimas, la destrucción de la prueba forense, la desidia del Estado de adoptar medidas para proteger las testigos y abogados vinculados con el proceso además de la no individualización, juzgamiento, la no ejecución de órdenes de captura y la no sanción de todos los autores materiales e intelectuales responsables por los hechos. El proceso penal fue conducido de manera sesgada para garantizar la impunidad. Ello se evidencia por las actuaciones emprendidas por agentes estatales para entorpecer la investigación y por el hecho de que la causa fue parcialmente asignada a la jurisdicción penal militar;

b) las autoridades no identificaron a las presuntas víctimas, no adoptaron las medidas necesarias para recolectar y preservar las pruebas relacionadas con las ejecuciones, no identificaron posibles testigos con el fin de obtener sus declaraciones y no determinaron causa, manera, lugar y tiempo de las ejecuciones. Como consecuencia de la inacción de las autoridades se perdió casi toda la prueba física de la masacre. Específicamente, las autoridades no trataron de obtener control sobre la escena del crimen, recuperar los cadáveres que fueron lanzados al río, recoger muestras de sangre, o adoptar otras medidas para preservar de manera eficaz la prueba física. De los aproximada-

mente 49 muertos, sólo se practicaron necropsias sobre dos cadáveres. Por lo tanto, el expediente judicial carece de informes forenses lo cual es crucial para que la investigación sea considerada profunda, pronta e imparcial;

c) el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para proteger los testigos, víctimas y abogados ligados a la investigación de los hechos. En particular, el abogado Luis Guillermo Pérez fue obligado a abandonar el país;

d) la intromisión de la jurisdicción penal militar perjudicó gravemente la investigación e impidió que se garantizara un recurso idóneo, ante un tribunal independiente e imparcial. Además, existe un patrón de impunidad que cobija los casos de derechos humanos investigados por la jurisdicción penal militar;

e) la investigación realizada en la jurisdicción ordinaria por las 49 personas torturadas, ejecutadas y desaparecidas, obedece un patrón de impunidad donde se castiga a unos pocos autores materiales para dar la apariencia de justicia, pero en realidad, la mayoría de los autores están en la impunidad;

f) la investigación no se ha realizado dentro de un plazo razonable. Hasta la fecha, han trascurrido seis años del auto de apertura del proceso penal ordinario sin que persona alguna haya sido condenada y sancionada de manera definitiva. El retraso en el presente caso corresponde a las fallas y errores cometidos por las autoridades desde la etapa inicial de la investigación, la intervención de la jurisdicción penal militar y la falta de voluntad política para efectuar las órdenes de captura pendientes contra líderes paramilitares y para investigar a militares de alto rango, entre otros;

g) los funcionarios judiciales han ignorado la responsabilidad de autoridades civiles y/o militares que estuvieron presentes durante momentos o lugares críticos para la planeación y ejecución de la masacre; incluso han negado o demorado de manera arbitraria la implementación de órdenes de iniciar investigaciones sobre la participación de agentes estatales;

h) el Estado desacató órdenes de apertura de investigación durante varios años (v.g. caso de Carlos Ávila Beltrán) y no dio segui-

miento a las piezas probatorias que obran en el expediente y que indican la responsabilidad de otros agentes estatales; e

i) son escasas las perspectivas de justicia en este caso sin la oportuna intervención de la Corte, ya que actualmente existe un fuerte esfuerzo por el gobierno nacional para desmovilizar los paramilitares sin garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Sólo catorce personas se encuentran vinculadas a la investigación penal de los hechos; los otros autores materiales cuyas identidades se desconocen podrán beneficiarse del programa de desmovilización en el marco del Decreto 128 de 2003. Asimismo, líderes paramilitares, como Carlos Castaño, podrán ser indultados pese sus condenas, si fuera aprobado el proyecto de ley presentado el pasado agosto de 2003 –el cual debe ser estudiado por la Corte– sobre "la reincorporación de los miembros de grupos armados [al margen de la ley] que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional". El marco legal que rige la desmovilización actualmente, así como el que se crea, asegura la impunidad para la mayoría de estas personas, al negar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos el acceso a un recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes. Al permitir que los responsables de Mapiripán reciban beneficios jurídicos, el Decreto constituye un impedimento legal a la investigación.

Alegatos del Estado

192. El Estado alegó que no ha incurrido en violación alguna de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, considerando que:

a) ha garantizado y respetado sus obligaciones de protección judicial a las presuntas víctimas, en cumplimiento de los principios constitucionales y legales, así como de las normas internacionales;

b) hay un esclarecimiento judicial de los hechos: las sentencias de primera instancia dictadas por el Juzgado segundo penal del circuito especializado de Bogotá precisan las circunstancias y modalidad de los hechos;

c) la jurisdicción aún no ha sido agotada y continúan los esfuerzos por encontrar a todos los responsables, sin importar su grado de autoría. No hay impunidad, ya que los responsables directos de la organización, planeación y autoría material fueron condenados a penas ejemplarizantes. El máximo perpetrador de las violaciones fue llevado ante la justicia, investigado, juzgado y condenado. Resulta absurdo despreciar tal actividad judicial, por el hecho de no haberse juzgado y sancionado a la totalidad de los hombres que obedeciendo órdenes de Castaño o por iniciativa propia participaron en los hechos;

d) la justicia penal militar es una institución del Estado de derecho y no acepta juicios que descalifiquen de manera genérica y reiterada a esta jurisdicción. Para hablar de una violación al artículo 8 de la Convención en esta jurisdicción deben analizarse las circunstancias y procedimientos en cada caso concreto y no de manera genérica;

e) la falta de identificación y/o recuperación de los cadáveres de todas las presuntas víctimas no se debe a negligencia en las investigaciones o tolerancia del Estado a la eliminación de pruebas. Por el contrario, el modus operandi en este caso incluyó los actos de crueldad y demencia descritos en los expedientes por los testigos y autores, tales como arrojar los cadáveres al río con el fin de desaparecer desde un comienzo las evidencias de su realización. El Estado asumió las investigaciones penales y disciplinarias con la vehemencia y convicción en el cumplimiento de los deberes jurídicos que el Estado de derecho le exige;

f) los familiares de las presuntas víctimas y sus representantes han tenido a su disposición todos los medios legales del ordenamiento jurídico interno y, además, los han ejercitado de manera pacífica y sin obstáculo alguno, incluyendo acciones civiles y administrativas, así como la acción de tutela que culminó con el fallo de la Corte Constitucional que remitió el proceso seguido contra algunos militares en la justicia penal militar a la justicia ordinaria;

g) el Estado cuenta con instrumentos jurisdiccionales adecuados para el pleno ejercicio de las garantías judiciales en toda su exten-

sión. En efecto, los procesos penales, disciplinarios y los contencioso administrativos han buscado aclarar las circunstancias de los hechos de Mapiripán;

h) los hechos delictivos de "Mapiripán" están incluidos en la agenda del "Comité de Impulso a las Investigaciones" de la justicia ordinaria;

i) en virtud de los fallos disciplinarios, los funcionarios sancionados fueron separados de sus cargos de poder, quedando imposibilitados de ejercer funciones públicas por lo menos durante 20 años, en la mayoría de los casos. La jurisdicción disciplinaria, como integrante de los recursos internos, se encuentra agotada y sus fallos debidamente ejecutoriados. Las sanciones impuestas fueron acordes con la gravedad de las faltas;

j) ha existido un régimen de responsabilidad del Estado creciente y progresivo hasta llegar incluso a consagrarse en algunos casos la responsabilidad estatal independiente de toda culpa, es decir, una responsabilidad objetiva. En todo caso, el régimen de indemnización de perjuicios ha evolucionado a favor de los perjudicados, fortalecido con la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la jurídica y la natural;

k) la jurisdicción contencioso administrativa es el instrumento de derecho interno propicio para obtener las indemnizaciones y reparaciones consecuencia de las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, no ha sido posible utilizar la conciliación contencioso administrativa, teniendo en cuenta la pobreza probatoria de los expedientes, puesto que siendo una jurisdicción rogada, son los actores en los procesos los que soportan la carga de la prueba. Algunos de los familiares promovieron varios procesos judiciales dirigidos a obtener una indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que sufrieron. Llama la atención el hecho de que varias de las personas que concurrieron al trámite internacional, en procura –entre otras cosas– de una indemnización, en su momento hayan decidido no utilizar las generosas vías legales que para este mismo propósito ofrece el derecho interno. Sin embargo, en vía de concilia-

ción, el Estado ha reconocido las indemnizaciones reclamadas por los demandantes. En el proceso promovido por la señora Nory Giraldo de Jaramillo fracasó la conciliación por falta de ánimo conciliatorio de la parte actora, a pesar de la presentación de una propuesta seria por el Estado;

l) los hechos han sido esclarecidos en los procesos internos y la justicia ha obrado sin exceder el plazo razonable y sin demora injustificada;

m) la sentencia del 15 de febrero de 2005 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá es definitiva y agota la jurisdicción en relación con las personas declaradas responsables, sin perjuicio de la continuación de las investigaciones iniciadas y la permanencia de la obligación internacional del Estado de investigar, juzgar, capturar y sancionar;

n) el plazo razonable no puede entenderse referido sólo al transcurso del tiempo y a la duración de un proceso, sino que es preciso tomar en consideración la complejidad del asunto, la actividad procesal de los interesados y la conducción del procedimiento por parte de las autoridades. El Estado opina que el plazo de cinco años como el límite de la razonabilidad prevista en el artículo 8.1 de la Convención no puede considerarse una tarifa insalvable, porque en cada caso serán las circunstancias e incidentes procesales las que demuestren la razonabilidad de los plazos de las investigaciones realizadas;

o) este caso es complejo, no sólo a nivel fáctico, sino también jurídico. La justicia ha operado de manera efectiva y dentro de un plazo razonable teniendo en cuenta la complejidad del caso. En Colombia el plazo razonable no sólo debe examinarse por el transcurso del tiempo invertido en una investigación, sino que debe analizarse en el contexto del funcionamiento de su sistema de administración de justicia, con múltiples vicisitudes y limitaciones en recursos financieros y técnicos para alcanzar los resultados esperados, amén de la crítica situación de orden público reinante en las zonas donde deben realizarse las investigaciones y realizarse las pruebas;

p) respecto de la actividad procesal de los interesados, de las 5 familias que han acudido al sistema interamericano, sólo dos han

acudido a la justicia ordinaria y se han constituido en parte civil y han demandado ante lo contencioso administrativo. No aparecen en la lista los nombres de los familiares de las víctimas cuando ocurrieron los hechos y se hizo un censo de las personas desplazadas, salvo la familia Valencia Sanmiguel. Además, no consta en los procesos internos ni en el trámite internacional que los familiares de las víctimas o sus apoderados hubieran tenido límites u obstáculos para acceder a la justicia o interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación interna;

q) el debate sobre el juez natural constituye parte del debido proceso, por lo que el asunto de colisión de competencias es una de las garantías judiciales implícitas y necesarias de considerar en este caso, sin que las discusiones que originó y la intervención que en su decisión tuvieron las más altas cortes, represente un trámite dilatorio o inútil a los fines de protección y garantía del proceso penal. La presunción de inocencia, inherente al debido proceso, fue debidamente valorada por los investigadores y falladores;

r) las investigaciones iniciaron de manera oficiosa e inmediatamente cuando sucedieron los hechos;

s) la llamada justicia restaurativa busca el castigo de los ofensores y la reparación de los ofendidos, y sobre todo, el reacomodamiento y reparación del tejido social. La Corte debería ayudarle al Estado a transitarlo, en este caso, reconociendo que los estándares internacionalmente aceptados de verdad sobre lo sucedido en Mapiripán han sido satisfechos por las propias autoridades jurisdiccionales; que la justicia ha operado y los principales responsables de estos hechos han sido sentenciados y condenados, y que se están buscando, tanto en procesos internos como en esta importante Instancia, las justas reparaciones a que las víctimas tienen derecho. Aún con la complejidad y circunstancias del caso, aún con la destrucción de pruebas por parte de los victimarios, no hubo retardo en las actuaciones judiciales; y

t) la incorporación en los ordenamientos jurídicos del sistema de recursos de amparo o tutela, amerita un tratamiento jurisprudencial por la Corte, que le reconozca y sitúe en el lugar que le corresponde en el ámbito jurídico de los países parte de la Convención, de acuerdo con sus importantes avances y comprobada eficacia.

Consideraciones de la Corte

193. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

194. El artículo 25 de la Convención dispone:

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
> 2. Los Estados Partes se comprometen:
>
> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
> b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

195. La Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art.o 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1).[68]

196. Durante el trámite del caso ante esta Corte, el Estado ha sostenido que no ha violado los artículos 8 y 25 de la Convención; ha alegado que los recursos internos deben evaluarse de manera integral, ya que son los procesos ante la justicia penal, ante lo contencioso y disciplinarios, los que han permitido en su conjunto y en forma efectiva llegar a los resultados actuales. La Comisión y los representantes coinciden en afirmar que el Estado ha incurrido en violación de dichas normas por una serie de razones que incluyen, *inter alia*, las deficientes e incompletas investigaciones desarrolladas, el tiempo que han durado los procesos y la falta de efectividad y de resultados de aquéllas que han derivado en la impunidad de la mayoría de los responsables de la masacre.

197. Ha sido establecida la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad personal (supra párrs. 130 a 146), los derechos del niño y el derecho de circulación y residencia (supra párrs. 151 a 163, y 168 a 189) en perjuicio de las víctimas de la masacre de Mapiripán y sus familiares, cometidas por grupos paramilitares con la colaboración, por acciones y omisiones, de agentes del Estado. Los hechos revelan las ejecuciones extrajudiciales de aproximadamente 49 víctimas.

198. La Corte ha constatado que, en relación con los hechos del presente caso, fueron abiertos procesos penales en las jurisdicciones penales militar y ordinaria, procesos contencioso administrativos y procedimientos disciplinarios (supra párrs. 96.68 a 96.136). El Tribunal considerará los procesos realizados a nivel interno relevantes en el presente caso, con el fin de determinar si se han violado las normas de la Convención relativas a la protección judicial y al debido proceso.[69]

---

[68] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 142; caso de las hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 76, y caso 19 Comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, No. 109, párr. 194.

[69] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 143; caso de las hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párrs. 57 a 58, y caso Lori Berenson Mejía, supra nota 13, párr. 133.

a) Actuaciones de la jurisdicción penal militar

199. A partir del 20 de abril de 1999, por una solicitud de la Procuraduría General de la Nación dirigida al fiscal regional que conocía del proceso, y luego por otras solicitudes de parte del Ministerio Público, se intentó que parte de las investigaciones por los hechos ocurridos en Mapiripán pasaran a la jurisdicción penal militar (supra párr. 96.85). El 2 de junio de 1999 el Comandante del Ejército, en carácter de juez militar de primera instancia, promovió ante la Unidad de Derechos Humanos una "colisión de competencias positiva", con el fin de que la causa pasara a la jurisdicción castrense (supra párr. 96.90). Luego de varias resoluciones de dicha Unidad de Derechos Humanos y de varias instancias de apelación, el 18 de agosto de 1999 el Consejo Superior de la Judicatura decidió asignar a la jurisdicción penal militar el conocimiento de la investigación penal contra el brigadier general Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y contra el teniente coronel Hernán Orozco Castro; y a la justicia penal ordinaria la investigación penal seguida contra el coronel Lino Hernando Sánchez Prado, el sargento Juan Carlos Gamarra Polo y el sargento José Millar Ureña Díaz (supra párr. 96.92).

200. En consecuencia, el proceso penal fue dividido entre ambas jurisdicciones y el 12 de febrero de 2001 el brigadier general Jaime Humberto Uscátegui Ramírez fue condenado por el Tribunal Superior Militar a 40 meses de prisión, a una multa equivalente a 60 salarios mínimos mensuales por el delito de prevaricato por omisión, a la suspensión de la patria potestad por el mismo tiempo de la pena principal impuesta y a la separación absoluta de las fuerzas militares; además, dicho militar fue absuelto del delito de falsedad ideológica en ejercicio de funciones y se ordenó la cesación de procedimiento a su favor por los delitos de homicidio y secuestro agravados, terrorismo y concierto para delinquir (supra párr. 96.98). Asimismo, el teniente coronel Hernán Orozco Castro fue condenado a 38 meses de prisión y a multa de 55 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el delito de prevaricato por omisión; además, se le absolvió del delito de falsedad ideológica en ejercicio de sus funciones y

cesó a su favor todo procedimiento por los delitos de homicidio múltiple, secuestro agravado, terrorismo, concierto para delinquir y violación al Decreto 1194 de 1989 (supra párr. 96.99). Tras ser condenado y haber cumplido 24 meses en prisión, el general Uscátegui fue dejado en libertad por decisión del Tribunal Superior Militar (supra párr. 96.102).

201. La asignación de una parte de la investigación a la jurisdicción penal militar ha sido entendida por la Comisión y los representantes como una violación de los derechos a la protección judicial y a las garantías del debido proceso (supra párr. 190 b y 191 a).

202. Con respecto a la jurisdicción penal militar, la Corte ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.[70]

203. En el presente caso, la Corte observa que el 13 de noviembre de 2001, luego de pasar por varias instancias de apelación, la Corte Constitucional de Colombia ordenó dejar sin efectos lo actuado en la jurisdicción penal militar, al resolver una acción de tutela de derechos fundamentales interpuesta el 30 de septiembre de 1999 por la señora Nory Giraldo de Jaramillo, parte civil en el proceso penal, en contra de la mencionada decisión de 18 de agosto de 1999 emitida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En efecto, dicha Corte Constitucional resolvió conceder, por desconocimiento del juez natural, la tutela del derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, revocó las sentencias dictadas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de octubre de 1999 y por la Sala de Casa-

---

[70] Cfr. caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 165; caso Las Palmeras, sentencia del 6 de diciembre de 2001, Serie C, No. 90, párr. 152, y caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69, párr. 112.

ción Penal de la Corte Suprema de Justicia el 9 de diciembre de 1999; declaró la nulidad de dicha providencia de 18 de agosto de 1999, y ordenó remitir el caso al Consejo Superior de la Judicatura para que resolviera el conflicto de competencia. Además de las consideraciones de la Corte Constitucional transcritas anteriormente (supra párr. 117), es de destacar que al resolver el conflicto de competencias con base en esa decisión, el Consejo de la Judicatura estimó que:

> […] obran en el expediente medios de prueba que apuntan a señalar que concretamente los oficiales en cuestión estuvieron preavisados, tanto porque por su alta graduación militar conocían el accionar de los grupos de autodefensas o paramilitares, como porque ellos mismos cursaron comunicación el día 15 de julio de 1997 cuando apenas se iniciaba el macabro suceso […]
>
> Para el mejor entendimiento del caso propio es acoger algunas de las consideraciones esgrimidas por la Corte Constitucional en su fallo SU-1184 de 2001, como allí donde se indicó que las fuerzas militares y la Policía Nacional tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho como lo indica el […] artículo 217 de la Carta así como el 209 ibídem que le impone el deber de participar activa y eficazmente en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados; la existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones de los derechos humanos, sin importar la forma de intervención, el grado de ejecución o el título de imputación subjetiva, que la omisión imputable es de competencia de la justicia ordinaria, porque cuando se tiene posición de garante, las omisiones que permitan, faciliten u ocasionen (sea a título de autoría o complicidad, delito tentado o consumado, doloso o culposo) la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario son comportamientos que no tiene relación con el servicio […] y más concretamente que las omisiones en las que incurrieron los sindicados permitieron la realización de hechos degradantes del sentimiento de humanidad, de allí que por razones objetivas no sea posible asignar la competencia a la justicia penal militar.

> Igualmente que las omisiones de la Fuerza Pública se consideran por fuera del servicio en los mismos casos que la conducta activa no tiene relación con la misión constitucional que le ha sido asignada, a saber, las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* llevaba propósitos criminales, las que se desarrollan dentro de una operación legítima pero en cuyo desarrollo presenta una desviación esencial del curso de la actividad o cuando no se impidan graves violaciones de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.
>
> En síntesis, puesto que la imputación que se efectúa a los oficiales Jaime Humberto Uscátegui Ramírez y Hernán Orozco Castro comporta la posible comisión por omisión de delitos afrentosos de los derechos humanos, en hechos acaecidos cuando respectivamente ostentaban su condición de brigadier general y mayor del ejército y en tal virtud detentaban la posición de garantes sobre la vida, honra y bienes de los ciudadanos de Mapiripán, el conocimiento del asunto corresponde a la jurisdicción ordinaria aquí representada por la Fiscalía de la Unidad de Derechos Humanos colisionada, en tanto aquellos se apartaron diametralmente del cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas a la Fuerza Pública y estas circunstancias descartan de plano la valía de la garantía del fuero penal militar, por lo cual en ningún caso deben ser juzgados por la justicia penal militar; se enviará en consecuencia el expediente a la citada Unidad de Fiscalía para lo de su cargo.[71]

204. En consecuencia, el 21 de febrero de 2002 el Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto de jurisdicciones planteado, declarando que el conocimiento de las diligencias correspondía a la jurisdicción penal ordinaria representada por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (supra párr. 96.109). El 28 de junio de 2002 la Unidad de Derechos Humanos decretó la nulidad de las determinaciones adoptadas por la Justicia Penal Mili-

---

[71] Cfr. Resolución del 21 de febrero de 2002, emitida por el Consejo Superior de la Judicatura, expediente de anexos a la demanda, anexo 55, folios 853, 855 y 856.

tar y la causa fue regresada a la justicia ordinaria, quedando incólumes los medios probatorios aducidos y las actuaciones adelantadas por dicha Unidad (supra párr. 96.110).

205. La Corte hace notar que los primeros intentos para que las investigaciones por los hechos ocurridos en Mapiripán pasaran a la jurisdicción penal militar datan de abril de 1999. En ese entonces, ya la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia se había pronunciado sobre los alcances de la competencia de la jurisdicción penal militar e indicó, *inter alia*, que:

> […] para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar […] el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. […] [S]i desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. […] [E]l vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública.[72]

206. La Corte observa, en consecuencia, que el Consejo de la Judicatura pudo haber aplicado desde un inicio esa jurisprudencia de la Corte Constitucional que ya existía como precedente, además reiterada en la mencionada sentencia de 13 de noviembre de 2001 de dicho tribunal.

---

[72] Cfr. sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, emitida por la Corte Constitucional.

b) Procesos contencioso administrativos

207. Consta en el expediente del caso ante la Corte que los familiares de cuatro de las víctimas de la masacre de Mapiripán han incoado procesos contencioso administrativos de reparación directa por los daños patrimoniales y morales por los hechos, ante el Tribunal Administrativo del Meta y en contra del Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.

208. Al respecto, la Corte valora positivamente que el 1º de febrero de 2005 el Estado y los familiares de Sinaí Blanco Santamaría, Álvaro Tovar Muñoz y José Rolan Valencia hayan llegado a un acuerdo conciliatorio total en la vía contencioso administrativa (supra párr. 96.130). El Estado señaló que dichas sentencias han hecho tránsito a cosa juzgada. Asimismo, en cuanto al estado de dichos procesos al momento de dictar esta sentencia, el Tribunal observa que:

a) en el proceso promovido por la señora Nory Giraldo de Jaramillo, compañera de Sinaí Blanco Santamaría, ella manifestó su voluntad de no conciliar frente a la propuesta de conciliación del Estado (supra párr. 96.132);
b) en la resolución del Tribunal Administrativo del Meta que aprueba los acuerdos conciliatorios señalados, también se acepta el desistimiento de las pretensiones de una demanda interpuesta por los familiares del señor Néstor Orlando Flórez Escucha (supra párr. 96.131); y
c) según lo manifestado por el Estado, dichos acuerdos y este último desistimiento, una vez aprobados, han hecho tránsito a cosa juzgada (supra párr. 96.131).

209. Por otra parte, los representantes hicieron referencia, al aportar información como prueba para mejor resolver, a la existencia de al menos 10 demandas "interpuestas por familiares de víctimas en relación con los hechos de Mapiripán, que se tramitan ante el contencioso administrativo", así como información sobre personas desplazadas "que no representa el Colectivo de Abogados [José Alvear

Restrepo] ante el contencioso administrativo en Colombia, sobre las cuales [tienen] conocimiento que han recibido ayuda humanitaria por los hechos de Mapiripán". La Corte no conoce las razones por las cuales los representantes no informaron sino hasta el final de este proceso acerca de la existencia de esos otros procesos contencioso administrativos, aun cuando al parecer los mismos fueron iniciados en su mayoría en 1999. Los representantes tampoco informaron las razones por las cuales no representaron a esas personas que serían presuntamente familiares de víctimas de la masacre. Por no contar con mayor información, el Tribunal no se referirá en esta sentencia a esas demandas contencioso administrativas interpuestas por esas otras personas señaladas como supuestos familiares de víctimas de la masacre de Mapiripán, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos ante las autoridades nacionales.

210. Al evaluar la efectividad de los recursos internos llevados a cabo por la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe determinar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a la impunidad, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.

211. La Corte recuerda que el derecho internacional de los derechos humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna.[73] Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por respon-

---

[73] Cfr. caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 56; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 73, y caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 181.

sabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con las violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapiripán, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.

212. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos analizó los alcances de la responsabilidad civil en relación con las exigencias de la protección internacional en el caso *Yasa versus Turquía*, y consideró que:

> una acción administrativa […] es un recurso que se basa en la responsabilidad objetiva del Estado, en particular por actos ilícitos de sus agentes, cuya identificación no es, por definición, un prerrequisito para promover una acción de esta naturaleza. Sin embargo, las investigaciones que los Estados Partes están obligados […] a llevar a cabo en casos de agresión mortal deben ser capaces de conducir a la identificación y castigo de los responsables […]. Tal obligación no puede ser satisfecha mediante una simple indemnización de daños […]. De otra manera, […] la obligación del Estado de identificar a los responsables de la agresión mortal podría desvanecerse (traducción de la Secretaría).[74]

213. En el mismo sentido, en el caso *Kaya versus Turquía* la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la violación de un derecho protegido por la Convención no podía ser remediada exclusivamente

---

[74] Cfr. European Court of Human Rights. Yasa v. Turkey [GC], judgment of 2 September 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, § 74. Texto original en inglés: "an administrative-law action is a remedy based on the strict liability of the State, in particular for the illegal acts of its agents, whose identification is not, by definition, a prerequisite to bringing an action of this nature. However, the investigations which the Contracting States are obliged […] to conduct in cases of fatal assault must be able to lead to the identification and punishment of those responsible […]. That obligation cannnot be satisfied merely by awarding damages […]. Otherwise, […] theState's obligation to seek those guilty of fatal assault might thereby disappear".

por el establecimiento de la responsabilidad civil y el correspondiente pago de compensación a los familiares de la víctima.[75]

214. La Corte estima que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima. En el presente caso, no obstante, la Corte valora algunos de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.

c) Procedimientos disciplinarios

215. Con base en los hechos de julio de 1997, se inició un procedimiento disciplinario ante la Procuraduría General de la Nación en contra de varios miembros de las Fuerzas Armadas y de funcionarios públicos. Únicamente consta en el expediente ante la Corte que el 24 de abril de 2001 el viceprocurador General de la Nación resolvió sancionar disciplinariamente, con separación absoluta de las fuerzas armadas o reprensión severa, a varios miembros del Ejército, y con destitución a varios funcionarios públicos (supra párr. 96.134). A pesar de constituir una instancia a la que los familiares de las víctimas no tienen acceso, el Tribunal valora la decisión de dicha Procuraduría en cuanto al valor simbólico del mensaje de reproche que puede significar este tipo de sanciones a lo interno de las Fuerzas Armadas. No obstante, puesto que las partes no aportaron mayor información al respecto, la Corte no se pronunciará sobre lo actuado en dichos procedimientos.

---

[75] Cfr. European Court of Human Rights. Kaya v. Turkey [GC], judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, § 105.

d) Efectividad del deber de investigar dentro del proceso penal ordinario

216. Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables.[76]

217. Ciertamente la Corte ha establecido, respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.[77]

218. No obstante, la Corte considera que la pertinencia de aplicar esos tres criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso.

219. En efecto, es necesario recordar que el presente es un caso de ejecuciones extrajudiciales y en este tipo de casos el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva.[78] Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la san-

---

[76] Cfr. caso de las hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 66; caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 188, y caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 209.

[77] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 160; caso hermanas Serrano Cruz, supra nota 5, párr. 67, y caso Tibi, supra nota 16, párr. 175. En igual sentido cfr. European Court of Human Rights. Wimmer v. Germany, No. 60534/00, § 23, 24 May 2005; Panchenko v. Russia, No. 45100/98, § 129, 8 February 2005, y Todorov v. Bulgaria, No. 39832/98, § 45, 18 January 2005.

[78] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 145; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 131, y caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 157.

ción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación.[79] Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios.[80] En este caso, algunos de los imputados han sido juzgados y condenados en ausencia. Además, la reducida participación de los familiares en los procesos penales, ya sea como parte civil o como testigos, es consecuencia de las amenazas sufridas durante y después de la masacre, la situación de desplazamiento que enfrentaron y el temor a participar en dichos procesos. Por tanto, mal podría sostenerse que en un caso como el presente deba considerarse la actividad procesal del interesado como un criterio determinante para definir la razonabilidad del plazo.

220. En relación con la complejidad del caso, la Corte reconoce que el asunto que se investiga por los órganos judiciales internos es complejo. A pesar de ello, a la fecha hay resultados concretos en las investigaciones y el proceso penal que, si bien son insuficientes, han derivado en la condenatoria de varios miembros del Ejército, así como de varios miembros de grupos paramilitares, por su participación en los hechos (supra párr. 96.126 e infra párr. 230).

221. Ciertamente la masacre fue perpetrada en el contexto del conflicto armado que vive internamente Colombia; comprendió un gran número de víctimas –que fueron ejecutadas o fueron desplazadas– y tuvo lugar en una región remota y de difícil acceso del país, entre otros factores. Sin embargo, en este caso la complejidad del asunto también está ligada a las dificultades provocadas en la investigación, que tuvieron su origen en las propias conductas activas y omisivas de autoridades administrativas y judiciales del Estado, se-

---

79 Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 147; caso hermanas Serrano Cruz, sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C, No. 120, párr. 63, y caso 19 Comerciantes, supra nota 193, párr. 186.

80 Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 146; caso hermanas Serrano Cruz, supra nota , párr. 61, y caso 19 Comerciantes, supra nota 193, párr. 112.

gún se analiza en el próximo apartado. No es sostenible, entonces, tal como pretende el Estado, justificar el plazo transcurrido en las investigaciones en "vicisitudes y limitaciones en recursos financieros y técnicos, […] así como la crítica situación de orden público reinante en las zonas donde deben realizarse las investigaciones y las pruebas".

222. Si bien han transcurrido más de ocho años desde que sucedieron los hechos, el proceso penal permanece abierto y, a pesar de las dilaciones señaladas, ha producido ciertos resultados que deben ser tomados en cuenta. En razón de ello, la Corte estima que, más que con base en un análisis acerca de la razonabilidad del plazo transcurrido en las investigaciones, la responsabilidad del Estado a la luz de los artículos 8.1 y 25 de la Convención debe ser establecida mediante una evaluación del desarrollo y los resultados del proceso penal, es decir, de la efectividad del deber de investigar los hechos para la determinación de la verdad de lo sucedido, la sanción de los responsables y la reparación de las violaciones cometidas en perjuicio de las víctimas.

223. Tal como fue señalado, en casos de ejecuciones extrajudiciales, la jurisprudencia de este Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva (supra párr. 219), que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.[81]

224. En este sentido, basado en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, este Tribunal ha especificado los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben intentar como mínimo, *inter alia*: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables;

---

[81] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 146; caso hermanas Serrano Cruz, supra nota , párr. 61, y caso Bulacio, supra nota 196, párr. 112.

c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.[82]

225. En el presente caso, la investigación se inició casi inmediatamente después de los días en que la masacre fue perpetrada. En efecto, consta que los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997 y la indagación preliminar por los hechos fue iniciada dos días después por la Fiscalía 12 Delegada ante los Jueces Regionales, radicada en San José del Guaviare; posteriormente la investigación fue asumida por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (supra párr. 96.68).

226. Ciertamente el modus operandi en la ejecución de la masacre –la destrucción de los cuerpos y el terror sembrado entre los habitantes sobrevivientes de Mapiripán– ha dificultado la plena identificación de las víctimas de la masacre. Sin embargo, los hechos probados y reconocidos por el Estado revelan una serie de problemas ocurridos a lo largo de las investigaciones que evidencian graves faltas a la debida diligencia en la conducción de las acciones oficiales.[83]

---

[82] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 149, y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 187, párr. 127 y 132. En igual sentido, Manual sobre la prevención e investigación efectiva de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias de las Naciones Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/.12 (1991).

[83] Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 148; caso hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 65, y caso Carpio Nicolle y Otros, sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C.

227. Inicialmente, el Ejército no colaboró efectivamente con las autoridades judiciales que intentaron llegar al lugar de los hechos, por lo que los miembros de la Fiscalía, de la Fuerza Pública y un delegado de la Presidencia de la República no lograron ingresar a Mapiripán sino hasta el 23 de julio de 1997 (supra párrs. 96.46 y 96.69). Luego, las faltas cometidas en las investigaciones son particularmente palpables al inicio de las mismas, en la evidente falta de control de la escena del crimen y en la insuficiente acción de esas primeras autoridades que llegaron a Mapiripán. En esos actos de investigación iniciales únicamente se realizaron necropsias a los restos del señor José Rolan Valencia y de una persona denominada "N.N." y no se efectuó más que un acta de levantamiento de cadáver, que además coincide con una de las necropsias. Un año después de sucedidos los hechos, no consta en el expediente ante la Corte que se hayan realizado otros actos de investigación, más que el desplazamiento de una "comisión judicial" a Mapiripán, la recepción de testimonios de autoridades civiles del municipio y 58 declaraciones de personas desplazadas por los hechos de Mapiripán, la recepción de dos declaraciones de paramilitares confesos, la realización de varias inspecciones judiciales, una inspección judicial Provincial y de la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y dos informes rendidos por miembros del Ejército a solicitud de la Procuraduría, según lo informado por la Fiscalía General de la Nación (supra párrs. 96.71 a 96.76).

228. La negligencia de las autoridades judiciales encargadas de examinar las circunstancias de la masacre mediante la recolección oportuna de pruebas *in situ*, no puede ser subsanada con las loables pero tardías diligencias probatorias para buscar restos mortales en el fondo del río Guaviare, que la Fiscalía General de la Nación inició hasta diciembre de 2004, es decir, más de ocho años después de ocurridos los hechos. Las insuficiencias señaladas, sumadas a los intentos de encubrir los hechos por parte de algunos miembros del Ejército (supra párrs. 96.37, y 96.44 a 96.46), pueden ser calificadas como graves faltas al deber de investigar los hechos, que afectaron definitivamente el desarrollo posterior del proceso penal.

229. La investigación continuó; se libraron algunas órdenes de captura, de las cuales fueron efectivamente ejecutadas sólo algunas, y en abril y mayo de 1999 la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación emitió resolución acusatoria en la justicia ordinaria contra siete presuntos paramilitares y contra cuatro miembros del Ejército. Posteriormente, el proceso fue dividido entre las jurisdicciones penal ordinaria y penal militar, por lo que durante casi tres años ambos procesos se desarrollaron en paralelo hasta que nuevamente se ordenó su tramitación conjunta (supra párrs. 96.90 a 96.109).

230. A la fecha de la presente sentencia, el proceso penal continúa en curso y el estado actual del mismo, según la información que consta en el expediente ante la Corte, es el siguiente (supra párr. 96.126):

a) en total, han sido procesadas aproximadamente 17 personas;

b) se han proferido resoluciones acusatorias contra trece imputados, de los cuales cinco eran miembros del Ejército;

c) la Fiscalía General de la Nación ha dictado nueve medidas de aseguramiento consistentes en detención preventiva. De éstas, las órdenes de captura de Arnoldo Vergara Trespalacios, Francisco Gómez Vergaño y Miguel Enrique Vergara Salgado, presuntos paramilitares, no han sido efectivas;

d) existen dos sentencias condenatorias en primera instancia contra siete personas, a saber, los paramilitares Carlos Castaño, Julio Flórez, Luis Hernando Méndez Bedoya y José Vicente Gutiérrez Giraldo; los sargentos José Miller Ureña Díaz y Juan Carlos Gamarra Polo, y el teniente coronel Lino Hernando Sánchez Prado. Existe una sentencia condenatoria en segunda instancia que absolvió a José Vicente Gutiérrez Giraldo y confirmó la anterior dictada en contra de Carlos Castaño, Julio Flórez, los sargentos José Millar Ureña Díaz y Juan Carlos Gamarra Polo, y el teniente coronel Lino Hernando Sánchez Prado;

e) de esas siete condenas a penas privativas de libertad, existen al menos dos órdenes de captura pendientes de ejecución, a saber, las dictadas en contra de los paramilitares Carlos Castaño Gil y Luis

Hernando Méndez Bedolla. Sin embargo, según información aportada por el Estado, la orden de captura girada en contra de Carlos Castaño Gil se encuentra suspendida; y

f) el 3 de agosto de 2005 la Fiscalía General de la Nación ordenó la vinculación formal de Salvatore Mancuso Gómez. Sin embargo, el 4 de agosto de 2005 dicha Unidad manifestó que:

> por su condición de miembro representante de las denominadas "Autodefensas Unidas de Colombia" frente al proceso de paz que se adelanta y la desmovilización y reincorporación a la vida civil de los hombres bajo su mando, fue dispuesta la suspensión de la misma conforme lo prevé el inciso segundo del parágrafo segundo del artículo 3 de la Ley 782 de 2002. Sin embargo, para garantizar la comparecencia del señor Mancuso Gómez a la investigación, [se] solicit[ó al Alto Comisionado para la Paz que informara] el lugar de residencia o ubicación, para [...] ser escuchado en diligencia de indagatoria.

Además, el 3 de agosto de 2005 expidió orden de captura en contra de José Pastor Gaitán Ávila, por ser presunto coautor de los delitos de homicidio en concurso material con los punibles de secuestro, terrorismo y concierto para delinquir.

231. En el presente caso, las faltas señaladas al deber de investigar se encuentran íntimamente ligadas a las faltas al deber de protección de las víctimas en que incurrió el Estado y que han sido señaladas en el capítulo sobre Responsabilidad Internacional del Estado (supra párrs. 101 a 123).

232. Una de las condiciones que el Estado debe crear para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio del derecho a la vida,[84] así como otros derechos, se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho. Al respecto, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia la obligación positiva que tienen los Estados en este sentido:

---

[84] Cfr. caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 156.

> [e]l cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad.[85]

233. Este deber de investigar deriva de la obligación general que tienen los Estados Partes en la Convención de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en ella, es decir, de la obligación establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado en conjunto con el derecho sustantivo que debió ser amparado, protegido o garantizado. De tal manera, en casos de violaciones al derecho a la vida, el cumplimiento de la obligación de investigar constituye un elemento central al momento de determinar la responsabilidad estatal por la inobservancia de las debidas garantías judiciales y protección judiciales.

234. En este sentido, en el caso *Ergi vs. Turquía* la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que el Estado había incurrido en violación del artículo 2 de la Convención Europea por considerar que, aunque no existían pruebas fehacientes de que las fuerzas de seguridad habían causado la muerte de la víctima, el Estado faltó a su

---

[85] Cfr. caso Huilce Tecse, sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C, No. 121, párr. 66; caso "Instituto de Reeducación del Menor", supra nota 4, párr. 158; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 129; caso 19 Comerciantes, supra nota 193, párr. 153.

deber de protección del derecho a la vida de la víctima, tomando en cuenta la conducta de las fuerzas de seguridad y la falta de una investigación adecuada y efectiva.[86]

235. En el presente caso, el conjunto de las faltas a los deberes de protección y de investigación ya establecidas han coadyuvado a la impunidad de la mayoría de los responsables de las violaciones cometidas. Dichas faltas evidencian una forma de continuidad del mismo modus operandi de los paramilitares de encubrimiento de los hechos[87] y han desembocado en la posterior falta de efectividad del proceso penal en curso por los hechos de la masacre, en la que participaron directamente al menos 100 paramilitares con colaboración, aquiescencia y tolerancia de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas.

236. La Corte observa que una operación de semejantes proporciones no pudo pasar desapercibida por los altos mandos militares de las zonas de donde salieron y por donde transitaron los paramilitares. Algunos de los hechos sobre la planeación y ejecución de la masacre están contenidos en el reconocimiento estatal de responsabilidad, y si bien han sido condenados algunos de los responsables de la masacre, subsiste una impunidad generalizada en el presente

---

[86] Cfr. European Court of Human Rights, Ergi v. Turkey [GC], judgment of 28 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, § 85-56.

[87] *Cfr.* Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 1997, E/CN.4/1998, 9 de marzo de 1998: "117. Tanto las autoridades colombianas como las organizaciones no gubernamentales están de acuerdo en aceptar que la falta de investigación y juzgamiento de los delitos constitutivos de violaciones de los derechos humanos y de crímenes de guerra es uno de los factores que más ha contribuido a sostener la abundancia y reiteración de conductas con las cuales se afectan los derechos protegidos por los instrumentos internacionales. El defensor del pueblo afirmó que el difícil panorama de los derechos humanos en su país 'tiene como uno de sus ingredientes básicos la impunidad, que es un poderoso elemento de retroalimentación de la violencia y lleva a algunos a tomar justicia por propia mano, con lo que se configura un círculo vicioso casi irrompible'".

caso, en la medida en que no ha sido determinada toda la verdad de los hechos ni la totalidad de las responsabilidades intelectuales y materiales por los mismos. Además, es un hecho relevante que algunos de los paramilitares condenados no se encuentren cumpliendo la condena impuesta por no haberse hecho efectivas las órdenes de captura libradas en su contra.

237. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana".[88] Al respecto, la Corte ha advertido que "[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares".[89]

238. En este sentido, la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente.[90] El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los respon-

---

88 Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 203. Asimismo, caso de las hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 170, y caso de los hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 148.

89 Cfr. caso Maritza Urrutia, sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 103, párr. 126. Asimismo, caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 203; caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 170, y caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 148.

90 Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 153; caso de las hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota , párr. 118, y caso Bámaca Velásquez, supra nota 201, párr. 207.

sables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido[91] y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.[92]

239. Al respecto, tal como fue señalado en el capítulo sobre Responsabilidad Internacional del Estado de esta sentencia (supra párrs. 101 a 123), la Corte tiene presente que se ha documentado en Colombia la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública, en relación con hechos como los del presente caso.[93] En los informes publicados desde 1997 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado los casos de colaboración entre las fuerzas públicas y los paramilitares, que han representado un gran obstáculo para la observancia de los derechos humanos en Colombia, en opinión del Alto Comisionado. En sus informes, la Alta Comisionada hace constante referencia a la impunidad del Estado frente a las violaciones cometidas por los paramilitares y la connivencia entre estos grupos y la fuerza pública.[94]

---

91 Cfr. caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 153; caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 78, párr. 134, y caso Trujillo Oroza. Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, Serie C, No. 92, párrs. 99 a 101 y 109.

92 Cfr. caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 130, y caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 156.

93 Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005, párrs. 61 y 62; declaración del perito Federico Andreu Guzmán rendida ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública celebrada el 7 de marzo 2005, y declaración jurada rendida por la perito Robin Kirk el 15 de febrero de 2005,expediente sobre declaraciones rendidas ante fedatario público, anexo 15, folios 4631.

94 Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 1999, E/CN.4/2000/11, 9 de marzo de 2000, párrs. 110 y 111; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

240. En síntesis, la impunidad parcial y la falta de efectividad del proceso penal en este caso se reflejan en dos aspectos: en primer lugar, la gran mayoría de los responsables no han sido vinculados a las investigaciones o no han sido identificados ni procesados –si se toma en cuenta que el Estado reconoció que participaron en la masacre más de 100 personas y que la Corte ha establecido su responsabilidad porque la misma no pudo haberse perpetrado sin el conocimiento, tolerancia y colaboración de los más altos mandos del Ejército colombiano de las zonas donde ocurrieron los hechos–. En segundo lugar, la impunidad se refleja en el juicio y condena en ausencia de los paramilitares que, si bien ocupan altos puestos en las estructuras de las AUC, como es el caso de Carlos Castaño Gil, jefe de las mismas, se han visto beneficiados con la acción de la justicia que los condena pero no hace efectiva la sanción. En este sentido, llama la atención de la Corte el hecho comunicado por el Estado, al remitir información solicitada como prueba para mejor resolver, referente a que el 3 de agosto del año en curso se ordenó la vinculación a la investigación de Salvatore Mancuso Gómez pero se suspendió su orden de captura "debido a su condición de representante de las Autodefensas Unidas

---

sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2000, E/CN.4/2001/15, 20 de marzo de 2001, párrs. 131-136, 254 ["Sigue siendo de suma preocupación la persistencia de vínculos entreservidores públicos e integrantes de las organizaciones paramilitares, y la ausencia de sanciones"]; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2001, E/CN.4/2002/17, 28 de febrero de 2002, párrs. 202, 211 y 365 ["Finalmente, la impunidad que cobija a los responsables de acciones paramilitares, por acción o por omisión, y la limitada eficacia de los mecanismos del Estado para combatirlos explican en gran parte el fortalecimiento de esos grupos"], e Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2002, E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003, párrs. 34, 74, 75-77 ["El hecho de que la amplia mayoría de esos casos permanezca en la impunidad, sin el establecimiento de la responsabilidad penal de servidores públicos por su vinculación con grupos y acciones paramilitares, es una de las facetas más cuestionables del compromiso de lucha contra dichos nexos"].

de Colombia frente al proceso de paz que adelanta el Gobierno con dicha organización".

241. En conclusión, la Corte considera que las violaciones declaradas de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas (supra párr. 139), resultan agravadas como consecuencia de las faltas al deber de protección y al deber de investigar los hechos, como consecuencia de la falta de mecanismos judiciales efectivos para dichos efectos y para sancionar a todos los responsables de la masacre de Mapiripán. En consecuencia, el Estado ha violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas del presente caso. [...]

Administración de justicia

Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial

Anexo al Informe presentado por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Param Cumaraswamy, de conformidad con la Resolución 2002/43 de la Comisión de Derechos Humanos*

(Borrador del Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial de 2001, aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, tal y como fue revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002)

Preámbulo

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce como fundamental el principio de que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

---

* Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/65, 10 de enero de 2003.

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza que todas las personas son iguales ante los tribunales y que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Considerando que los anteriores principios y derechos fundamentales están también reconocidos o reflejados en los instrumentos regionales sobre derechos humanos, en las constituciones, leyes y reglamentos nacionales y en las convenciones y tradiciones judiciales.

Considerando Que la Importancia que tiene para la protección de los Derechos humanos una judicatura competente independiente e imparcial, adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia.

Considerando que una judicatura competente, independiente e imparcial es igualmente esencial si los tribunales han de desempeñar su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad.

Considerando que la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna.

Considerando que es esencial que los jueces, tanto individualmente como de forma colectiva, respeten y honren las funciones jurisdiccionales como una encomienda pública y luchen para aumentar y mantener la confianza en el sistema judicial.

Considerando que la judicatura es la responsable en cada país de promover y mantener los altos estándares de la conducta judicial.

Considerando que los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura están formulados para garantizar y promover la independencia de la judicatura y están dirigidos principalmente a los Estados.

Los siguientes principios pretenden establecer estándares para la conducta ética de los jueces. Están formulados para servir de guía a los jueces y para proporcionar a la judicatura un marco que regule la con-

ducta judicial. Asimismo, pretenden ayudar a que los miembros del ejecutivo y el legislativo, los abogados y el público en general puedan comprender y apoyar mejor a la judicatura. Estos principios presuponen que los jueces son responsables de su conducta frente a las instituciones correspondientes establecidas para mantener los estándares judiciales, que dichas instituciones son independientes e imparciales y que tienen como objetivo complementar y no derogar las normas legales y de conducta existentes que vinculan a los jueces.

Valor 1
Independencia
Principio

La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales.

Aplicación

1.1 Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón.

1.2 Un juez deberá ser independiente en relación con la sociedad en general y en relación con las partes particulares de una controversia que deba resolver como juez.

1.3 Un juez no sólo estará libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias inapropiadas por parte de los citados poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable.

1.4 Al cumplir sus obligaciones judiciales, un juez será independiente de sus compañeros de oficio con respecto a decisiones que esté obligado a tomar de forma independiente.

1.5 Un juez deberá fomentar y mantener salvaguardas para el cumplimiento de sus obligaciones judiciales, con el fin de mantener y aumentar la independencia de la judicatura.

1.6 Un juez exhibirá y promoverá altos estándares de conducta judicial, con el fin de reforzar la confianza del público en la judicatura, que es fundamental para mantener la independencia judicial.

Valor 2
Imparcialidad
Principio

La imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión.

Aplicación

2.1 Un juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio.

2.2 Un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura.

2.3 Un juez deberá, dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos.

2.4 Cuando un proceso está sometido o pueda estar sometido a un juez, el juez no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El

juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma, que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto.

2.5 Un juez se descalificará de participar en cualquier proceso en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable que el juez es incapaz de decidir el asunto imparcialmente. Los citados procesos incluirán, sin ánimo de exhaustividad, situaciones en las que:

2.5.1 El juez tenga realmente predisposición o prejuicios para con una parte o posea conocimientos personales sobre los hechos probatorios controvertidos relativos al proceso;

2.5.2 El juez haya actuado previamente como abogado o como testigo material en el asunto controvertido;

2.5.3 El juez, o algún miembro de su familia, tenga un interés económico en el resultado del asunto sujeto a controversia.

Lo anterior teniendo en cuenta que no será necesaria la descalificación de un juez si no puede constituirse otro tribunal para conocer del caso o cuando, por circunstancias urgentes, la no participación del juez puede producir una denegación de justicia grave.

Valor 3
Integridad
Principio

La integridad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales.

Aplicación

3.1 Un juez deberá asegurarse de que su conducta está por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable.

3.2 El comportamiento y la conducta de un juez deberán reafirmar la confianza del público en la integridad de la judicatura. No sólo debe impartirse justicia; también ha de verse cómo se imparte.

Valor 4
CORRECCIÓN
Principio

La corrección y la apariencia de corrección son esenciales para el desempeño de todas las actividades de un juez.

Aplicación

4.1 Un juez evitará la incorrección y la apariencia de incorrección en todas sus actividades.

4.2 Como objeto de un constante escrutinio público, un juez deberá aceptar restricciones personales que puedan ser consideradas una carga para los ciudadanos ordinarios y lo deberá hacer libremente y de forma voluntaria. Particularmente, un juez se comportará de forma consecuente con la dignidad de las funciones jurisdiccionales.

4.3 Un juez, en sus relaciones personales con miembros individuales de la abogacía que practiquen su trabajo regularmente en su sala de audiencias, evitará situaciones que puedan levantar sospechas razonables o tener apariencia de favoritismo o parcialidad.

4.4 Un juez no participará en la resolución de un caso en el que un miembro de su familia represente a un litigante o esté asociado de cualquier forma con el caso.

4.5 Un juez evitará que utilice su residencia un miembro de la abogacía, para recibir clientes u otros miembros de la abogacía.

4.6 Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura.

4.7 Un juez deberá informarse sobre sus intereses personales y fiduciario-financieros y hará esfuerzos razonables para informarse sobre los intereses financieros de los miembros de su familia.

4.8 Un juez no permitirá que su familia, sus relaciones sociales o de otro tipo influyan incorrectamente en la conducta judicial del juez y en su criterio como juez.

4.9 Un juez no utilizará o prestará el prestigio de las funciones jurisdiccionales para ayudar a sus intereses privados, a los de un miembro de su familia o a los de cualquier otra persona; asimismo, un juez tampoco dará ni permitirá a otros que den la impresión de que nadie está en situación de influir en el juez de forma incorrecta cuando desempeña sus obligaciones judiciales.

4.10 La información confidencial obtenida por un juez en el ejercicio de sus competencias judiciales no será utilizada o revelada por el juez para ningún otro propósito no relacionado con el ejercicio de sus competencias judiciales.

4.11 Sujeto al desempeño correcto de sus obligaciones judiciales, un juez podrá:

4.11.1 Escribir, dar conferencias, enseñar y participar en actividades relacionadas con la ley, el sistema legal, la administración de justicia y asuntos conexos;

4.11.2 Aparecer en una audiencia pública de un cuerpo oficial encargado de asuntos relacionados con la ley, el sistema legal, la administración de justicia o asuntos conexos; y

4.11.3 Servir como miembro de cualquier cuerpo oficial, o de otras comisiones, comités o cuerpos asesores, si tal condición de miembro no es inconsecuente con la imparcialidad percibida y con la neutralidad política de un juez; o

4.11.4 Participar en otras actividades si las citadas actividades no desvirtúan la dignidad de las funciones jurisdiccionales o interfieren de cualquier otra forma en el desempeño de las obligaciones judiciales.

4.12 Un juez no ejercerá la abogacía mientras desempeñe funciones jurisdiccionales.

4.13 Un juez podrá formar o unirse a asociaciones de jueces o participar en otras organizaciones que representen los intereses de los jueces.

4.14 Un juez y los miembros de su familia no pedirán ni aceptarán ningún regalo, legado, préstamo o favor en relación con cualquier cosa que el juez haya hecho o deba hacer u omitir con respecto al desempeño de las obligaciones judiciales.

4.15 Un juez no permitirá intencionadamente al personal de los tribunales o a otras personas sobre las cuales el juez pueda tener influencia, dirección o autoridad, que pidan o acepten ningún regalo, legado, préstamo o favor en relación con cualquier cosa hecha, por hacer o por omitir en relación con sus obligaciones o tareas.

4.16 De acuerdo con la ley y con todos los requisitos legales sobre revelación pública, un juez podrá recibir un pequeño regalo, premio o beneficio simbólicos que sean apropiados para la ocasión en que se hayan hecho, siempre [que] no pueda percibirse de forma razonable que tal regalo, premio o beneficio se entrega para pretender influir en el juez durante el desempeño de sus obligaciones judiciales o que pueda tener de cualquier otra forma una apariencia de parcialidad.

Valor 5
Igualdad
Principio

Garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal es esencial para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales.

Aplicación

5.1 Un juez se esforzará para ser consciente de, y para entender la diversidad de la sociedad y las diferencias provenientes de varias fuentes, incluidas sin ánimo de exhaustividad, la raza, el color, el sexo, la religión, el origen nacional, la casta, las minusvalías, la edad, el estado civil, la orientación sexual, el nivel social y económico y otras causas similares ("motivos irrelevantes").

5.2 Durante el desempeño de sus obligaciones judiciales, un juez no manifestará predisposición o prejuicios hacia ninguna persona o grupo por motivos irrelevantes.

5.3 Un juez cumplirá sus obligaciones judiciales con la apropiada consideración para todas las personas, como por ejemplo, las partes, los testigos, los abogados, el personal del tribunal y los otros jueces, sin diferenciación por ningún motivo irrelevante y sin que afecte al correcto cumplimiento de las citadas obligaciones.

5.4 Un juez no permitirá intencionadamente al personal de los tribunales o a otras personas sobre las cuales el juez pueda tener influencia, dirección o control, que hagan diferencias entre las personas implicadas en un asunto sometido a la decisión del juez, basándose en motivos irrelevante

5.5 Un juez pedirá a los abogados que actúan en procesos judiciales que se abstengan de manifestar, mediante palabras o conducta, predisposición o prejuicios basados en motivos irrelevantes, excepto cuando sean legalmente relevantes para un asunto procesal y puedan ser objeto del ejercicio legítimo de la abogacía.

Valor 6
Competencia y diligencia
Principio

La competencia y la diligencia son requisitos previos para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales.

Aplicación

6.1 Las obligaciones judiciales de un juez primarán sobre todas sus demás actividades.

6.2 Un juez dedicará su actividad profesional a las obligaciones judiciales, que no sólo incluyen el desempeño de obligaciones judiciales en el tribunal y la pronunciación de resoluciones, sino también otras tareas relevantes para las funciones jurisdiccionales o las operaciones de los tribunales.

6.3 Un juez dará los pasos razonables para mantener y aumentar sus conocimientos, habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de las obligaciones judiciales, aprovechando para ese fin los cursos y facilidades que puedan estar a disposición de los jueces, bajo control judicial.

6.4 Un juez se mantendrá informado sobre los cambios relevantes en el derecho internacional, incluidos los convenios internacionales y los otros instrumentos que establezcan normas de derechos humanos.

6.5 Un juez desempeñará todas sus obligaciones judiciales, incluida la emisión de decisiones reservadas, de forma eficaz, justa y con una rapidez razonable.

6.6 Un juez mantendrá el orden y el decoro en todos los procesos en que participe y será paciente, digno y cortés con los litigantes, los jurados, los testigos, los abogados y las otras personas con que trate en su capacidad oficial. El juez exigirá una conducta similar de los representantes legales, del personal del tribunal y de las otras personas sujetas a la influencia, la dirección o el control del juez.

6.7 Un juez no exhibirá conductas incompatibles con el desempeño diligente de las obligaciones judiciales.

Aplicación

Debido a la naturaleza de las funciones jurisdiccionales, las judicaturas nacionales adoptarán medidas efectivas para proporcionar mecanismos de aplicación de estos principios, si es que los citados mecanismos todavía no existen en sus jurisdicciones.

Definiciones

En esta declaración de principios y a menos que el contexto permita o exija algo distinto, se atribuirán los siguientes significados a los términos utilizados:

"Personal de los tribunales" incluye los empleados personales del juez, y entre ellos los asistentes judiciales del tribunal.

"Juez" significa toda persona que ejerce el poder judicial, sea designado con el nombre que fuere.

"Familia del juez" incluye el cónyuge del juez, sus hijos, hijas, yernos, nueras y cualquier otro pariente cercano o persona que sea compañero o empleado del juez y que viva en la unidad familiar del juez.

"Cónyuge del juez" incluye una pareja privada del juez o cualquier otra persona de cualquier sexo que tenga una relación personal íntima con el juez.

Nota explicatoria

1. En su primera reunión celebrada en Viena en abril de 2000, a invitación del Centro de Prevención del Delito Internacional de las Naciones Unidas, y conjuntamente con el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial (que comprende a Latifur Rahman, presidente de Tribunal Supremo de Bangladesh; Bhaskar Rao, el presidente de Tribunal Supremo del Estado de Karnataka en la India; el juez Govind Bahadur Shrestha de Nepal; Uwais, presidente de Tribunal Supremo de Nigeria; Langa, Vicepresidente suplente de la Corte Constitucional (*Constitutional Court*) de Suráfrica; Nyalali, presidente de Tribunal de Tanzania; y el juez Odoki de Uganda, reunidos bajo la presidencia del juez Christopher Weeramantry, Vicepresidente de la Corte Internacional de Justicia, con el juez Michael Kirby de la Corte Suprema de (*High Court of*) Australia como ponente, y con la participación de Dato' Param Cumaraswamy, ponente especial de la ONU sobre la Independencia de los Jueces y Abogados) reconoció la necesidad de un código que sirviera de referente para medir la conducta de los jueces. Consiguientemente, el Grupo Judicial solicitó que se analizaran los códigos de conducta judicial adoptados en algunas jurisdicciones y que el coordinador del Programa de Integridad Judicial, Nidal Jayawickrama, preparara un

informe sobre: a) las consideraciones clave que aparecen reiteradamente en los citados códigos; y b) las consideraciones opcionales o adicionales que aparecen en algunos de los códigos, pero no en todos, y que pueden o pueden no ser apropiadas para su adopción en países particulares.

2. En la preparación de un borrador de código de conducta judicial de acuerdo con las directrices mencionadas anteriormente, se hizo referencia a determinados códigos y a instrumentos internacionales existentes, incluyendo en particular los siguientes:

a) El Código de Conducta Judicial adoptado por la Cámara de Delegados de la Asociación Americana de la Abogacía (*American Bar Association*), agosto de 1972.
b) La Declaración de Principios de Independencia Judicial emitida por los presidentes de los Tribunales Superiores de los Estados y Territorios Australianos (*Chief Justices of the Australian States and Territories*), abril de 1997.
c) El Código de Conducta para los Jueces de la Corte Suprema de Bangladesh, prescrito por el Consejo Supremo Judicial en ejercicio del poder atribuido en el artículo 96(4)(a) de la Constitución de la República Popular de Bangladesh, mayo de 2000.
d) Los Principios Éticos para Jueces, redactados con la colaboración de la Conferencia de Jueces Canadienses y ratificados por el Consejo Judicial Canadiense (*Canadian Judicial Council*), de 1998.
e) La Carta Europea sobre el Estatuto del Juez, Consejo de Europa, julio de 1998.
f) El Código de Conducta Judicial de Idaho de 1976.
g) Restablecimiento de Valores de la Vida Judicial, adoptado por la Conferencia de los Presidentes de Tribunales Superiores de la India, 1999.
h) El Código de Conducta Judicial de Iowa.
i) El Código de Conducta de los Funcionarios Judiciales de Kenia, julio de 1999.

j) El Código de Ética de los Jueces de Malasia, prescrito por Yang di-Pertuan Agong a recomendación del presidente de Tribunal Supremo, del presidente de la Corte de Apelación y del presidente de los jueces de las Cortes Supremas, en ejercicio del poder concedido en el artículo 125(3A) de la Constitución Federal de Malasia, 1994.
k) El Código de Conducta para Magistrados en Namibia.
l) Las Reglas Reguladoras de la Conducta Judicial, Estado de Nueva York, USA.
m) El Código de Conducta para los Funcionarios Judiciales de la República Federal de Nigeria.
n) El Código de Conducta a observar por Jueces de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Pakistán.
o) El Código de Conducta Judicial de las Filipinas, septiembre de 1989.
p) Los Cánones de Ética Judicial de las Filipinas, propuestos por la Asociación Filipina de la Abogacía, aprobados por los jueces de Primera Instancia de Manila, y adoptados para la orientación y el cumplimiento por parte de los jueces, bajo la supervisión administrativa de la Corte Suprema, incluidos los jueces municipales y urbanos.
q) Declaración de Yandina: Principios de Independencia de la Judicatura en las Islas Salomón, noviembre de 2000.
r) Directrices para los Jueces de Suráfrica, emitidas por el presidente del Tribunal Supremo, el presidente de la Corte Constitucional (*Constitutional Court*), y los presidentes de las Cortes Superiores (*High Courts*), de la Corte de Apelación Laboral (*Labour Appeal Court*) y de la Corte de Reclamaciones de Suelo (*Land Claims Court*), marzo de 2000.
s) Código de Conducta para Funcionarios Judiciales de Tanzania, adoptado por la Conferencia de Jueces y Magistrados, 1984.
t) El Código de Conducta Judicial de Texas.
u) El Código de Conducta para Jueces, Magistrados y otros Funcionarios Judiciales de Uganda, adoptado por los jueces de la Corte Suprema y de la Corte Superior, julio 1989.

v) El Código de Conducta de la Conferencia Judicial de los Estados Unidos.
w) Los Cánones de Conducta Judicial para la Comunidad de Virginia, adoptados y promulgados por la Corte Suprema de (*Supreme Court of*) Virginia, 1998.
x) El Código de Conducta Judicial adoptado por la Corte Suprema (*Supreme Court*) del Estado de Washington, USA, octubre de 1995.
y) Decreto (sobre el Código de Conducta) Judicial, aprobado por el Parlamento de Zambia, diciembre de 1999.
z) Borrador de Principios de Independencia de la Judicatura ("Principios de Siracusa"), preparado por un comité de expertos convocado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Comisión Internacional de Juristas y el Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, 1981.
aa) Estándares Mínimos de Independencia Judicial adoptados por la Asociación Internacional de la Abogacía, 1982.
bb) Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Independencia de la Judicatura, ratificados por la Asamblea General de la ONU, 1985.
cc) Borrador de la Declaración Universal de la Independencia de la Justicia ("Declaración de Singhvi"), preparado por el señor L.V. Singhvi, Ponente Especial de la ONU sobre el Estudio de la Independencia de la Judicatura, 1989.
dd) La Declaración de Pekín sobre los Principios de la Independencia de la Judicatura en la Región de Lawasia, adoptada por la Sexta Conferencia de Presidentes de Tribunales, agosto de 1997.
ee) Las Directrices Internas de Latimer para el Commonwealth sobre las buenas prácticas que regulan las relaciones entre el Ejecutivo, el Parlamento y la Judicatura en el fomento del buen gobierno, el estado de derecho y los derechos humanos, para garantizar la aplicación efectiva de los Principios de Harare, 1998.

ff) El Marco Político para Prevenir y Eliminar la Corrupción y Garantizar la Imparcialidad del Sistema Judicial, adoptado por el grupo de expertos convocado por el Centro para la Independencia de los Jueces y Abogados, febrero de 2000.

En su segunda reunión celebrada en Bangalore en febrero de 2001, el Grupo Judicial (que comprendía a Mainur Reza Chowdhury, presidente de Tribunal Supremo de Bangladesh; a la Juez Claire L'Heureux Dube de Canadá; Reddi, presidente de Tribunal Supremo del Estado de Karnataka en la India; Upadhyay, presidente de Tribunal Supremo de Nepal; Uwais, presidente del Tribunal Supremo de Nigeria; Langa, vicepresidente Suplente del Tribunal Supremo de Suráfrica: Silva, presidente del Tribunal Supremo de Sri Lanka; Samatta, presidente del Tribunal Supremo de Tanzania; y Odoki, presidente del Tribunal Supremo de Uganda, reunidos bajo la presidencia del juez Weeramantry, con el juez Kirby como ponente y con la participación del Ponente Especial de la ONU y juez Bhagwati, presidente del Comité de Derechos Humanos de la ONU, representando al Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos), con el fin de examinar el borrador sometido a su consideración, identificó los valores claves, formuló los principios relevantes y aprobó el Borrador del Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial. No obstante, el Grupo Judicial reconoció que como el borrador había sido creado por jueces principalmente de países de derecho consuetudinario, era esencial que fuera examinado por jueces de otras tradiciones legales, para hacer posible que pudiera asumir la categoría de un código de conducta judicial de validez internacional.

El Borrador de Bangalore fue ampliamente distribuido entre jueces de países con sistemas de derecho consuetudinario y de derecho civil y fue discutido en varias conferencias judiciales. En junio de 2002, fue revisado por el Grupo de Trabajo del Consejo Consultivo de los Jueces del Consejo de Europa (CCJEGT), que comprende a Reissner, vicepresidente de la Asociación de Jueces Austriacos; juez Fremr de la Corte Suprema de la República Checa; Lacabarats, pre-

sidente de la Corte de Apelación (*Cour d'Appel*) de París en Francia; juez Mallmann de la Corte Federal Administrativa de Alemania; magistrado Sabato de Italia; juez Virgilijus de la Corte Lituana de Apelación; al Primer Consejero (*Premier Conseiller*) Wiwinius, de la Corte de Apelación (*Cour d'Appel*) de Luxemburgo; juez Consejero Afonso de la Corte de Apelación de Portugal; juez Ogrizek de la Corte Suprema de Eslovenia; Hirschfeldt, presidente de la Corte de Apelación de Svea, Suecia; y al lord juez (*Lord Justice*) Mance del Reino Unido. A iniciativa de la Asociación Americana de la Abogacía, el Borrador de Bangalore se tradujo en los idiomas nacionales y fue revisado por jueces de los países de Europa Central y Oriental; en particular, por jueces de Bosnia-Hercegovina, Bulgaria, Croacia, Kósovo, Rumanía, Servia y Eslovaquia.

El Borrador de Bangalore fue revisado teniendo en cuenta los comentarios recibidos del CCJE-GT y de los mencionados anteriormente; la Opinión número 1 (2001) del CCJE sobre los estándares relativos a la independencia de la judicatura; el borrador de Opinión del CCJE sobre los principios y reglas que gobiernan la conducta profesional de los jueces, en particular la ética, la conducta incompatible y la imparcialidad; y, por lo que se refiere a códigos más recientes de conducta judicial, se tuvieron en cuenta la Guía de Conducta Judicial publicada por el Consejo de Presidentes de Tribunales de Australia en junio de 2002, las Reglas de Conducta Modelo para Jueces de los Estados Bálticos, el Código de Ética Judicial para los Jueces de la República Popular de China y el Código de Ética Judicial de la Asociación de Jueces de Macedonia.

El Borrador de Bangalore revisado fue sometido a una Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales (o sus representantes) del sistema de derecho civil, celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, en noviembre de 2002, bajo la presidencia del juez Weeramantry. Los participantes fueron el juez Vladimir de Freitas de la Corte Federal de Apelación de Brasil; Iva Brozova, presidente del Tribunal Supremo de la República Checa; Mohammad Fathy Naguib, presidente de la Corte Suprema Constitutional de Egipto; Christine Chanet, consejera de la Corte de Casación (*Cour de*

Cassation) de Francia; Genaro David Gongora Pimentel, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; Mario Mangaze, presidente de la Corte Suprema de Mozambique; Pim Haak, presidente del Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) de los Países Bajos; juez Trond Dolva de la Corte Suprema de Noruega; y Hilario Davide, presidente de la Corte Suprema de Filipinas. También participaron en una sesión los siguientes jueces de la Corte Internacional de Justicia: juez Ranjeva (Madagascar), juez Herczegh (Hungría), juez Fleischhauer (Alemania), juez Koroma (Sierra Leona), juez Higgins (Reino Unido), juez Rezek (Brasil), juez Elaraby (Egipto), y juez Ad-Hoc Frank (EE.UU.). Asistió el Ponente Especial de la ONU. El producto de esa reunión fueron los "Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial".

Derechos económicos, sociales y culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación General No. 15 de 2002
El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

I. Introducción

1. El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. El Comité ha constatado constantemente una denegación muy generalizada del derecho al agua, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados. Más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación del agua y de las enfermedades relacionadas con el agua.[1] La polución incesante, el continuo deterioro de los

---

[1] En 2000, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calculó que 1.100 millones de personas (el 80% de ellas residentes en zonas rurales) carecían de un abastecimiento de agua capaz de suministrar por lo menos 20 litros diarios de agua potable por persona; se estimó que 2.400 millones no tenían

recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente. Los Estados Partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general.

El fundamento jurídico del derecho al agua

2. El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

3. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, "incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados", y son indispensables para su realización. El uso de la palabra "incluso" indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 (véase la Observación General No. 6 (1995).[2] El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto

---

acceso a servicios de saneamiento. Véase OMS, *La evaluación mundial del abastecimiento de agua y el saneamiento en 2000*, Ginebra, 2000, p. 1. Además, todos los años 2.300 millones de personas padecen enfermedades relacionadas con el agua. Véase Naciones Unidas, Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, *Evaluación general sobre los recursos de agua dulce del mundo*, Nueva York, 1997, p. 39.

[2] Véanse los párrafos 5 y 32 de la Observación General No. 6 (1995) del Comité, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

nivel posible de salud (párr. 1 del art. 12)[3] y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párr. 1 del art. 11)[4]. Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, entre los que ocupa un lugar primordial el derecho a la vida y a la dignidad humana.

4. El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas.[5] Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Con-

---

[3] Véase la Observación General No. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párrafos 11, 12 a), b) y d), 15, 34, 36, 40, 43 y 51.

[4] Véase el apartado b) del párrafo 8 de la Observación General No. 4 (1991). Véase también el informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, el Sr. Miloon Kothari (E/CN.4/2002/59), presentado de conformidad con la Resolución 2001/28 de la Comisión, del 20 de abril de 2001. En relación con el derecho a una alimentación adecuada, véase el informe del Relator Especial de la Comisión sobre el derecho a la alimentación, el Sr. Jean Ziegler (E/CN.4/2002/58), presentado de conformidad con la Resolución 2001/25 de la Comisión, del 20 de abril de 2001.

[5] Véanse el apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el apartado c) del párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 20, 26, 29 y 46 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949; los artículos 85, 89 y 127 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949; los artículos 54 y 55 del Protocolo Adicional I, de 1977; los artículos 5 y 14 del Protocolo Adicional II, de 1977; y el preámbulo de la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua. Véanse también el párrafo 18.47 del Programa 21, en Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1. Vol. I y Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III y Vol. III/Corr.1) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.93.I.8), vol. I: resoluciones adoptadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II; el Principio No. 3 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (A/CONF.151/PC/112); el Principio No. 2 del

vención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua". En el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre".

5. El Comité se ha ocupado constantemente del derecho al agua en su examen de los informes de los Estados Partes, de conformidad con sus directrices generales revisadas sobre la forma y el contenido de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus observaciones generales.

6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse un medio de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embar-

---

Programa de Acción, en Informe de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.95.XIII.18), cap. I, resolución 1, anexo; los párrafos 5 y 19 de la recomendación (2001) 14 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos; y la Resolución 2002/6 de la Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos acerca de la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable. Véase asimismo el informe sobre la relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento (E/CN.4/Sub.2/2002/10), presentado por el Relator Especial de la Subcomisión sobre la promoción del derecho al agua potable y a servicios de saneamiento, el Sr. El Hadji Guissé.

go, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.[6]

El agua y los derechos del Pacto

7. El Comité señala la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada (véase la Observación General No. 12 (1997)).[7] Debe hacerse lo posible para asegurar que los agricultores desfavorecidos y marginados, en particular las mujeres, tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión del agua, incluidas las técnicas sostenibles de recogida del agua de lluvia y de irrigación. Tomando nota de la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no podrá privarse a un pueblo "de sus propios medios de subsistencia", los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas.[8]

---

6 Véase también Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Plan de Aplicación de 2002, párrafo 25 c).

7 Esto guarda relación tanto con la *disponibilidad* como con la *accesibilidad* del derecho a una alimentación adecuada. Véase la Observación General No. 12 (1999), párrs. 12 y 13.

8 Véase también la declaración de entendimiento que acompañaba la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (A/51/869, del 11 de abril de 1997), que decía que, al determinar las necesidades humanas esenciales en caso de conflicto armado, "se ha de prestar especial atención al suministro suficiente de agua para sostener la vida humana, incluidas el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos a fin de impedir la hambruna".

8. La higiene ambiental, como aspecto del derecho a la salud amparado por el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas.[9] Por ejemplo, los Estados Partes deben garantizar que los recursos hídricos naturales estén al abrigo de la contaminación por sustancias nocivas y microbios patógenos. Análogamente, los Estados Partes deben supervisar y combatir las situaciones en que los ecosistemas acuáticos sirvan de hábitat para los vectores de enfermedades que puedan plantear un riesgo para el hábitat humano.[10]

9. Con el fin de ayudar a los Estados Partes a aplicar el Pacto y a cumplir sus obligaciones de presentación de informes, la sección II de la presente Observación General se centra en el contenido normativo del derecho al agua en el párrafo 1 del artículo 11 y en el artículo 12, mientras que la sección III está dedicada a las obligaciones de los Estados Partes, la sección IV a las violaciones y la sección V a la ejecución en el plano nacional. La sección VI se refiere a las obligaciones de agentes que no son Estados Partes.

II. Contenido normativo del derecho al agua

10. El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos.

---

9 Véase también la Observación General No. 14, párr. 15.

10 Según la definición de la OMS, las enfermedades contagiadas por vectores comprenden las enfermedades transmitidas por insectos (paludismo, filariasis, dengue, encefalitis japonesa y fiebre amarilla), las enfermedades en las que los caracoles acuáticos sirven de huéspedes intermedios (esquistosomiasis) y las zoonosis en las que los vertebrados sirven de reservorio.

En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua.

11. Los elementos del derecho al agua deben ser *adecuados* a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.[11]

12. En tanto que lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho al agua puede variar en función de distintas condiciones, los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia:

a) *La disponibilidad.* El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos.[12] Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.[13] La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial

---

[11] Para una definición de sostenibilidad, véanse los principios 1, 8, 9, 10, 12 y 15 de la Declaración sobre el medio ambiente y el desarrollo, en Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992; y el Programa 21, en particular los principios 5.3, 7.27, 7.28, 7.35, 7.39, 7.41, 18.3, 18.8, 18.35, 18.40, 18.48, 18.50, 18.59 y 18.68.

[12] "Continuo" significa que la periodicidad del suministro de agua es suficiente para los usos personales y domésticos.

[13] En este contexto, el "consumo" se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos. El "saneamiento" se refiere a la evacuación de las excretas humanas. El agua es necesaria para el saneamiento dondequiera que se adopten medios de evacuación por el agua. La "preparación de alimentos" incluye la higiene

de la Salud (OMS).[14] También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

b) *La calidad.* El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas.[15] Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

c) *La accesibilidad.* El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) *Accesibilidad física*. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas.[16] Todos los ser-

---

alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con éstos. La "higiene personal y doméstica" se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar.

14 Véase J. Bartram y G. Howard, "Domestic water quantity, service level and health: what should be the goal for water and health sectors", OMS, 2002. Véase también P. H. Gleick (1996), "Basic water requirements for human activities: meeting basic needs", *Water International*, 21, pp. 83 a 92.

15 El Comité remite a los Estados Partes a OMS, *Guías para la calidad del agua potable,* segunda edición, vols. 1 a 3, Ginebra, 1993, cuyo objetivo es "servir de base para la elaboración de normas nacionales que, debidamente aplicadas, aseguren la inocuidad del agua mediante la eliminación o la reducción a una concentración mínima de los componentes peligrosos para la salud".

16 Véanse también la Observación General No. 4 (1991), párr. 8 b); la Observación General No. 13 (1999), párr. 6 a), y la Observación General No. 14 (2000), párrs. 8 a) y b). El hogar puede ser tanto una vivienda permanente o semipermanente como un lugar de alojamiento provisional.

vicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

ii) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

iii) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

iv) Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.[17]

Temas especiales de amplia aplicación

No discriminación e igualdad

13. La obligación de los Estados Partes de garantizar el ejercicio del derecho al agua sin discriminación alguna (párr. 2, art. 2) y en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (art. 3) se aplica a todas las obligaciones previstas en el Pacto. Así pues, el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluido el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o

---

[17] Véase el párrafo 48 de la presente Observación General.

el ejercicio del derecho al agua. El Comité recuerda el párrafo 12 de la Observación General No. 3 (1990) en la que se señala que, incluso en tiempos de grave escasez de recursos, es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas específicos a un costo relativamente bajo.

14. Los Estados Partes deberán adoptar medidas para eliminar la discriminación *de facto* basada en motivos sobre los que pesen prohibiciones en los casos en que se prive a personas y grupos de personas de los medios o derechos necesarios para ejercer el derecho al agua. Los Estados Partes deben velar por que la asignación de los recursos de agua y las inversiones en el sector del agua faciliten el acceso al agua a todos los miembros de la sociedad. Una distribución inadecuada de los recursos puede conducir a una discriminación que quizá no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben redundar de manera desproporcionada en beneficio de los servicios e instalaciones de suministro de agua que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población; esos recursos deben invertirse más bien en servicios e instalaciones que redunden en beneficio de un sector más amplio de la población.

15. Por lo que se refiere al derecho al agua, los Estados Partes tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes, así como de impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen prohibiciones en lo referente al suministro de agua y a los servicios de abastecimiento de agua.

16. Aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos. En particular, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que:

a) No se excluya a las mujeres de los procesos de adopción de decisiones sobre los recursos y los derechos en materia de agua. Es preciso aliviar la carga desproporcionada que recae sobre las mujeres en la obtención de agua.
b) No se impida a los niños ejercer sus derechos humanos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares o a causa de la carga que supone la obtención de agua. Es preciso abordar con carácter urgente la cuestión del suministro de agua potable a las instituciones de enseñanza que actualmente carecen de ella.
c) Las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Debe protegerse el acceso a las fuentes tradicionales de agua en las zonas rurales de toda injerencia ilícita y contaminación. Las zonas urbanas desfavorecidas, incluso los asentamientos humanos espontáneos y las personas sin hogar, deben tener acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. No debe denegarse a ningún hogar el derecho al agua por razón de la clasificación de su vivienda o de la tierra en que ésta se encuentra.
d) El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua.
e) Las comunidades nómadas y errantes tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales y designados.
f) Los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos y los repatriados tengan acceso al agua potable tanto si permanecen en campamentos o en las zonas urbanas y rurales. Es preciso otorgar a los refugiados y los solicitantes de asilo el derecho al agua en las mismas condiciones que a los nacionales.
g) Los presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas, teniendo

en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.[18]

h) Se suministre agua salubre suficiente a los grupos que tienen dificultades físicas para acceder al agua, como las personas de edad, los discapacitados, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas propensas a desastres y las que viven en zonas áridas y semiáridas o en pequeñas islas.

III. Obligaciones de los estados partes

Obligaciones legales de carácter general

17. Si bien el Pacto prevé la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho al agua, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párr. 2, art. 2) y la obligación de adoptar medidas (párr. 1, art. 2) en aras de la plena realización del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho al agua.

18. Los Estados Partes tienen el deber constante y continuo en virtud del Pacto de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua. La realización de ese derecho debe ser viable y practicable, ya que todos los Estados

---

[18] Véanse los artículos 20, 26, 29 y 46 del tercer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949; los artículos 85, 89 y 127 del cuarto Convenio de Ginebra de l 12 de agosto de 1949; el artículo 15 y el párrafo 2 del artículo 20 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, en Derechos Humanos: *Recopilación de Instrumentos Internacionales* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.88.XIV.1).

Partes ejercen control sobre una amplia gama de recursos, incluidos el agua, la tecnología, los recursos financieros y la asistencia internacional, como ocurre con todos los demás derechos enunciados en el Pacto.

19. Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto.[19] Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte.

Obligaciones legales específicas

20. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al agua impone tres tipos de obligaciones a los Estados Partes, a saber: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir.

a) Obligación de respetar

21.La obligación de *respetar* exige que los Estados Partes se abstengan de injerirse [sic] directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Comprende, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

---

[19] Véase la Observación General No. 3 (1990), párr. 9.

22. El Comité observa que durante los conflictos armados, las situaciones de emergencia y los desastres naturales el derecho al agua abarca las obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional humanitario.[20] Ello incluye la protección de objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, incluidas las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de regadío, así como la protección del medio natural contra daños generalizados, graves y a largo plazo y la garantía de que los civiles, los reclusos y los presos tengan acceso al agua potable.[21]

b) Obligación de proteger

23. La obligación de *proteger* exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua.

24. Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben

---

[20] En cuanto a la relación recíproca entre las normas de derechos humanos y el derecho humanitario, el Comité toma nota de las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia en *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (Solicitud de la Asamblea General)*, Informes de la CIJ (1996), párr. 25, p. 226 del texto en inglés.

[21] Véanse los artículos 54 y 56 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra (1977), el artículo 54 del Protocolo Adicional II (1977), los artículos 20 y 46 del tercer Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema normativo eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación General, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento.

c) Obligación de cumplir

25. La obligación de *cumplir* se puede subdividir en obligación de facilitar, promover y garantizar. La obligación de facilitar exige que los Estados Partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La obligación de promover impone al Estado Parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua. Los Estados Partes también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no estén en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

26. La obligación de cumplir exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas.

27. Para garantizar que el agua sea asequible, los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, entre las que podrían figurar: a) la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económi-

cas apropiadas; b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo; y c) suplementos de ingresos. Todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos.

28. Los Estados Partes deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre.[22] Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de recursos hídricos por extracción, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos; c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que cualquier mejora propuesta no obstaculice el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones que puedan tener ciertas medidas en la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, tales como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad,[23] f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución; h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia; e i) creación de instituciones competentes y establecimiento de disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas.

---

[22] Véase supra la nota 5 de pie de página, los capítulos 5, 7 y 18 del Programa 21, el Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (2002), párrs. 6 a), l) y m), 7, 36 y 38.

[23] Véase el Convenio sobre Diversidad Biológica, la Convención de lucha contra la desertificación, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y los protocolos ulteriores.

29. El garantizar que todos tengan acceso a servicios de saneamiento adecuados no sólo reviste importancia fundamental para la dignidad humana y la vida privada, sino que constituye uno de los principales mecanismos para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable.[24] El derecho a la salud y el derecho a una vivienda adecuada (véanse las Observaciones Generales No. 4 (1991) y No. 14 (2000)), impone a los Estados Partes la obligación de ampliar progresivamente unos servicios de saneamiento salubres, en particular a las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños.

Obligaciones internacionales

30. El párrafo 1 del artículo 2, el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 23 del Pacto imponen a los Estados Partes la obligación de reconocer el papel fundamental de la cooperación y la asistencia internacionales, y de adoptar medidas conjuntas o a título individual para lograr el pleno ejercicio del derecho al agua.

31. Para cumplir sus obligaciones internacionales en relación con el derecho al agua, los Estados Partes tienen que respetar el disfrute del derecho en otros países. La cooperación internacional exige que los Estados Partes se abstengan de cualquier medida que obstaculice, directa o indirectamente, el ejercicio del derecho al agua potable en otros países. Las actividades que se emprendan dentro de la jurisdicción de un Estado Parte no deben privar a otro Estado de la capa-

---

[24] El párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer estipula que los Estados Partes asegurarán a la mujer el derecho de "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de... los servicios sanitarios". El párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes "asegurarán que todos los sectores de la sociedad... tengan acceso a la educación... y reciban apoyo en la aplicación de los conocimientos básicos... de las ventajas de higiene y el saneamiento ambiental".

cidad de asegurar que las personas en su jurisdicción ejerzan ese derecho.[25]

32. Los Estados Partes deberán abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas semejantes que impidan el suministro de agua, así como de los bienes y servicios esenciales para garantizar el derecho al agua.[26] El agua no debe utilizarse jamás como instrumento de presión política y económica. A este respecto, el Comité recuerda su posición, expresada en su Observación General No. 8 (1997), sobre la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.

33. Los Estados Partes deben adoptar medidas para impedir que sus propios ciudadanos y empresas violen el derecho al agua potable de las personas y comunidades de otros países. Cuando los Estados Partes puedan adoptar medidas con miras a influir en terceros por medios legales o políticos para que respeten este derecho, esas medidas deberán adoptarse de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable.

34. En función de la disponibilidad de recursos, los Estados Partes deberán facilitar la realización del derecho al agua en otros países, por ejemplo, facilitando recursos hídricos y asistencia financiera y técnica y prestando la ayuda necesaria que se les solicite. Cuando se trate de prestar socorro en casos de desastre y asistencia en casos

---

[25] El Comité observa que la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación exige que se tengan en cuenta las necesidades sociales y humanas al determinar la utilización equitativa de los cursos de agua, que los Estados Partes adopten medidas para impedir que se causen graves daños y que, en caso de conflicto, se preste especial atención a los requisitos de las necesidades vitales humanas (véanse los artículos 5, 7 y 10 de la Convención).

[26] En su Observación General No. 8 (1997) el Comité señaló el efecto disruptivo de las sanciones sobre los suministros sanitarios y el agua potable limpia, y que los regímenes que imponen sanciones deben hacerse cargo de las reparaciones de la infraestructura que resulten indispensables para el suministro de agua potable.

de emergencia, incluida la asistencia a los refugiados y los desplazados, deberá concederse prioridad a los derechos reconocidos en el Pacto, incluido el suministro de agua potable. La asistencia internacional deberá prestarse de manera compatible con el Pacto y otras normas de derechos humanos, y deberá ser sostenible y culturalmente apropiada. Los Estado Partes económicamente desarrollados tienen una responsabilidad y un interés especiales en ayudar a los países en desarrollo más pobres a este respecto.

35. Los Estados Partes deberán velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho al agua y, con tal fin, deberán considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos jurídicos. En cuanto a la concertación y aplicación de otros acuerdos internacionales y regionales, los Estados Partes deberán adoptar medidas para garantizar que estos instrumentos no repercutan negativamente en el derecho al agua potable. Los acuerdos de liberalización del comercio no deben restringir ni menoscabar la capacidad de un país de garantizar el pleno ejercicio del derecho al agua.

36. Los Estados Partes deben velar por que su actuación como miembros de organizaciones internacionales tenga debidamente en cuenta el derecho al agua. Por consiguiente, los Estados Partes que son miembros de instituciones financieras internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben adoptar medidas para velar por que en sus políticas de préstamo, acuerdos de crédito y otras medidas internacionales se tenga en cuenta el derecho al agua potable.

Obligaciones básicas

37. En la Observación General No. 3 (1990), el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. A juicio del Comité, pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas en relación con el derecho al agua, que tienen efecto inmediato:

a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
c) Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciban la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
h) Adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo bajo costo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

38. Para disipar toda duda, el Comité desea señalar que incumbe especialmente a los Estados Partes, así como a otros agentes que estén en situación de ayudar, prestar asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica, que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas y otras obligaciones a que se hace referencia en el párrafo 37 supra.

IV. Violaciones

39. Al aplicar el contenido normativo del derecho al agua (véase la parte II) a las obligaciones de los Estados Partes (parte III), se pone en marcha un proceso que facilita la identificación de las violaciones del derecho al agua. En los párrafos que figuran a continuación se dan ejemplos de violaciones del derecho al agua.

40. Para demostrar el cumplimiento de sus obligaciones generales y particulares, los Estados Partes deben demostrar que han tomado las medidas necesarias y factibles para garantizar el ejercicio del derecho al agua. De conformidad con el derecho internacional, el no actuar de buena fe para tomar tales medidas constituye una violación del derecho. Cabe señalar que un Estado Parte no puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 37 supra, que no pueden suspenderse.

41. Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho al agua, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir sus obligaciones con respecto al derecho al agua y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12, que se refieren al derecho a un nivel de vida adecuado y al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, que impone a cada Estado Parte la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para hacer efectivo el derecho al agua viola las obligaciones que ha contraído en virtud del

Pacto. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que le impone el Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para cumplir, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra.

42. Las violaciones del derecho al agua pueden producirse mediante *actos de comisión,* la acción directa de los Estados Partes o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. Las violaciones pueden consistir, por ejemplo, en la adopción de medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas (mencionadas en el párrafo 37 supra), la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho al agua, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las obligaciones jurídicas nacionales o internacionales preexistentes en relación con el derecho al agua.

43. Entre las violaciones por *actos de omisión* figuran el no adoptar medidas apropiadas para garantizar el pleno disfrute del derecho universal al agua, el no contar con una política nacional sobre el agua y el no hacer cumplir las leyes pertinentes.

44. Aunque no es posible confeccionar por adelantado una lista completa de las violaciones, a partir de la labor del Comité se puede individualizar una serie de ejemplos típicos que ilustran los niveles de obligación:

a) Las violaciones de la obligación de respetar se desprenden de la interferencia del Estado Parte con el derecho al agua. Estas violaciones incluyen, entre otras cosas: i) la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada de los servicios o instalaciones de agua; ii) los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua; y iii) la contaminación y disminución de los recursos de agua en detrimento de la salud del humano.
b) Las violaciones de la obligación de proteger dimanan del hecho de que un Estado no adopta todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra

las violaciones del derecho al agua por terceros.[27] Estas violaciones incluyen, entre otras cosas: i) no promulgar o hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua; ii) no regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua; iii) no proteger los sistemas de distribución de agua (por ejemplo, las redes de canalización y los pozos) de la injerencia indebida, el daño y la destrucción; y

c) Las violaciones de la obligación de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho al agua. Los siguientes son algunos ejemplos: i) no adoptar o ejecutar una política nacional sobre el agua encaminada a garantizar a todos el derecho al agua; ii) asignar fondos insuficientes o asignarlos en forma incorrecta, con el resultado de menoscabar el disfrute del derecho al agua por personas o grupos, especialmente los vulnerables o marginados; iii) no vigilar el grado de realización del derecho al agua a nivel nacional, por ejemplo estableciendo indicadores y niveles de referencia; iv) no adoptar medidas contra la distribución no equitativa de las instalaciones y los servicios de agua; v) no establecer mecanismos de socorro de emergencia; vi) no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable; vii) el hecho de que un Estado no tenga en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales con respecto al derecho al agua al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales.

V. Aplicación en el plano nacional

45. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deberán recurrir a "todos los medios apropiados, in-

---

[27] Para la definición de "terceros", véase el párrafo 23.

clusive en particular la adopción de medidas legislativas", para dar cumplimiento a sus obligaciones dimanantes del Pacto. Cada Estado tiene un margen de discreción al determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona disfrute del derecho al agua, lo antes posible. Las medidas nacionales encaminadas a asegurar el disfrute del derecho al agua no han de obstaculizar el disfrute de otros derechos humanos.

Legislación, estrategias y políticas

46. Deberán examinarse la legislación, las estrategias y las políticas existentes para determinar que sean compatibles con las obligaciones relativas al derecho al agua, y deberán derogarse, enmendarse o cambiarse las que no sean congruentes con las obligaciones dimanantes del Pacto.

47. El deber de adoptar medidas claramente impone a los Estados Partes la obligación de adoptar una estrategia o plan de acción nacional para asegurar el ejercicio del derecho al agua. La estrategia debe: a) basarse en la normativa y los principios de derechos humanos; b) abarcar todos los aspectos del derecho al agua y las obligaciones correspondientes de los Estados Partes; c) definir objetivos claros; d) fijar objetivos o metas y los plazos para su consecución; e) formular políticas adecuadas, con los niveles de referencia y los indicadores correspondientes. La estrategia también deberá responsabilizar del proceso a instituciones específicas; determinar los recursos disponibles para alcanzar los objetivos y las metas; asignar debidamente los recursos a las instituciones encargadas; y establecer mecanismos de rendición de cuentas para asegurar la aplicación de la estrategia. Al formular y aplicar las estrategias nacionales en relación con el derecho al agua, los Estados Partes deberán hacer uso de la asistencia técnica y de la cooperación de los organismos especializados de las Naciones Unidas (véase más adelante la parte VI).

48. Al formular y ejecutar las estrategias y planes nacionales de acción con respecto al agua deberán respetarse, entre otros, los principios de no discriminación y de participación popular. El derecho de los particulares y grupos a participar en los procesos de decisión que puedan afectar su ejercicio del derecho al agua debe ser parte integrante de toda política, programa o estrategia con respecto al agua. Deberá proporcionarse a los particulares y grupos un acceso pleno e igual a la información sobre el agua, los servicios de agua y medio ambiente que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros.

49. La estrategia y el plan de acción nacionales del agua también deberán basarse en los principios de la rendición de cuentas, la transparencia y la independencia del poder judicial, ya que el buen gobierno es indispensable para el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos, incluido el derecho al agua. A fin de crear un clima propicio al ejercicio de este derecho, los Estados Partes deberán adoptar las medidas apropiadas para cerciorarse de que, al desarrollar sus actividades, el sector de la empresa privada y la sociedad civil conozcan y tengan en cuenta la importancia del derecho al agua.

50. Tal vez los Estados Partes encuentren conveniente aprobar una legislación marco para llevar a la práctica sus estrategias relativas al derecho al agua. Esa legislación deberá incluir: a) los objetivos o metas que han de alcanzarse, y los plazos para su consecución; b) los medios que se utilizarán para alcanzar la finalidad perseguida; c) la colaboración prevista con la sociedad civil, el sector privado y las organizaciones internacionales; d) las instituciones encargadas del proceso; e) los mecanismos nacionales para la vigilancia del proceso; y f) los procedimientos de reparación y de recursos.

51. Deberán adoptarse medidas para garantizar una coordinación suficiente entre los ministerios nacionales y las autoridades regionales y locales a fin de conciliar las políticas relacionadas con el agua. En los casos en que la responsabilidad de hacer efectivo el derecho al agua se haya delegado en las autoridades regionales o locales, el Estado Parte seguirá siendo responsable del cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Pacto, y por tanto deberá velar

por que estas autoridades tengan a su disposición suficientes recursos para mantener y ampliar los servicios e instalaciones de agua necesarios. Además, los Estados Partes deberán velar por que dichas autoridades no nieguen el acceso a los servicios sobre una base discriminatoria.

52. Los Estados Partes están obligados a vigilar eficazmente la realización del derecho al agua. Para vigilar el progreso hacia la realización de este derecho, los Estados Partes deberán determinar los factores y las dificultades que obstaculizan el cumplimiento de sus obligaciones.

Indicadores y niveles de referencia

53. Para asistir en este proceso de vigilancia, las estrategias o planes de acción deberán contener indicadores sobre el derecho al agua. El objeto de los indicadores consistirá en vigilar, en los planos nacional e internacional, las obligaciones asumidas por el Estado Parte en virtud del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12. Los indicadores deben referirse a los distintos componentes de un agua adecuada (como la suficiencia, la salubridad y aceptabilidad, la asequibilidad y la accesibilidad), desglosarse según los ámbitos de discriminación prohibidos y abarcar a todas las personas que vivan en la jurisdicción territorial del Estado Parte o estén bajo su control. Para obtener orientación respecto de los indicadores apropiados, los Estados Partes podrán aprovechar la labor que llevan a cabo la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

54. Una vez identificados los indicadores pertinentes del derecho al agua, se pide a los Estados Partes que establezcan los niveles

nacionales de referencia apropiados respecto de cada indicador.[28] Durante el proceso de presentación de informes periódicos, el Comité emprenderá junto al Estado Parte un proceso de determinación de objetivos concretos. Dicho proceso entraña el examen conjunto por el Estado Parte y el Comité de los indicadores y niveles de referencia nacionales, lo que a su vez permitirá determinar los objetivos que deban alcanzarse durante el período del informe siguiente. En los cinco años siguientes, el Estado Parte utilizará esos niveles de referencia nacionales para vigilar el grado en que se ha hecho efectivo el derecho al agua. Posteriormente, durante el proceso de presentación del siguiente informe, el Estado Parte y el Comité determinarán si se han alcanzado o no esos niveles de referencia, así como las razones de las dificultades que hayan podido surgir (véase la Observación General No. 14 (2000), párr. 58). Además, al fijar los niveles de referencia y preparar los informes, los Estados Partes deberán utilizar la amplia información y los servicios de asesoramiento de los organismos especializados en lo referente a la reunión y el desglose de los datos.

Recursos y rendición de cuentas

55. Toda persona o grupo que haya sido víctima de una violación del derecho al agua deberá contar con recursos judiciales o de otro tipo efectivos tanto en el plano nacional como en el internacional (véase el párrafo 4 de la Observación General No. 9 (1998) y el principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desa-

---

[28] Véase E. Riedel, "New bearings to the State reporting procedure: practical ways to operationalize economic, social and cultural rights - The example of the right to health", en S. von Schorlemer (ed.), *Praxishandbuch UNO*, 2002, pp. 345 a 358. El Comité toma nota, por ejemplo, del compromiso que figura en el plan de aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de reducir a la mitad, antes del año 2015, el porcentaje de personas que carecen de acceso al agua potable (según se indica en la Declaración del Milenio) y el porcentaje de personas que no tienen acceso a servicios básicos de saneamiento.

rrollo).[29] El Comité observa que este derecho ha sido incluido en la Constitución de varios Estados y ha sido tema de litigio ante tribunales nacionales. Todas las víctimas de las violaciones del derecho al agua deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos. Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos y las instituciones análogas de cada país deberán poder ocuparse de las violaciones del derecho.

56. Antes de que un Estado Parte o un tercero haga algo que interfiera con el derecho al agua de una persona, las autoridades pertinentes deberán velar por que tales medidas se lleven a cabo de un modo previsto por la legislación que sea compatible con el Pacto, y eso incluye: a) la oportunidad de una auténtica consulta con los afectados; b) el suministro a tiempo de información completa sobre las medidas proyectadas; c) la notificación con antelación razonable de las medidas proyectadas; d) la disponibilidad de vías de recurso y reparación para los afectados; y e) asistencia jurídica para obtener una reparación legal (véanse también las Observaciones Generales No. 4 (1991) y No. 7 (1997)). Cuando tales medidas se emprendan porque una persona adeuda el pago de agua, deberá tenerse en cuenta su capacidad de pago. En ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua.

57. La incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho al agua puede ampliar considerablemente el alcance y la eficacia de las medidas correctivas, por lo que debe alentarse en todos los casos. Esa incorporación permite que los tribunales juzguen los casos de violaciones del derecho al agua, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, invocando directamente el Pacto.

---

[29] El principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo (Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, véase la nota 5 supra), dice, con respecto a las cuestiones del medio ambiente, que "deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

58. Los Estados Partes deben alentar a los jueces, árbitros y demás jurisconsultos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a las violaciones del derecho al agua.

59. Los Estados Partes deben respetar, proteger, facilitar y promover la labor realizada por los defensores de los derechos humanos y otros miembros de la sociedad civil con miras a ayudar a los grupos vulnerables o marginados a ejercer su derecho al agua.

VI. Obligaciones de los agentes que no son estados partes

60. Los organismos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales que se ocupan del agua, tales como la OMS, la FAO, el Unicef, el PNUMA, Hábitat, la OIT, el PNUD y el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), así como organizaciones internacionales que se ocupan del comercio como la Organización Mundial del Comercio (OMC), deberán cooperar eficazmente con los Estados Partes aprovechando sus respectivos conocimientos especializados, para la realización del derecho al agua en el plano nacional. Las instituciones financieras internacionales, especialmente el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, deberán tener en cuenta el derecho al agua en sus políticas de préstamo, acuerdos crediticios, programas de ajuste estructural y otros proyectos de desarrollo (véase la Observación General No. 2 (1990), de manera que se promueva el disfrute del derecho al agua. Al examinar los informes de los Estados Partes y la capacidad de éstos para cumplir las obligaciones de hacer efectivo el derecho al agua, el Comité examinará las repercusiones de la asistencia prestada por todos los demás agentes. La incorporación de la normativa y los principios de derechos humanos en los programas y políticas de las organizaciones internacionales facilitará en gran medida la realización del derecho al agua. El papel de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la OMS y el Unicef, como tam-

bién el de las organizaciones no gubernamentales y otras asociaciones, reviste especial importancia en relación con el socorro en casos de desastre y la asistencia humanitaria en situaciones de emergencia. En la prestación de ayuda y la distribución y gestión del agua y los servicios de agua deberá concederse prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población.

Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe sobre el proceso de desmovilización en Colombia*
13 de diciembre de 2004

[…]

II. Principios y normas orientados a superar los conflictos armados y sus consecuencias sobre la población civil

24. El desarrollo exitoso de un proceso de desmovilización de actores involucrados en un conflicto armado interno prolongado que aspire a la no repetición de crímenes de derecho internacional,[1] viola-

---

* Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.120, Doc. 60, 13 diciembre de 2004, Original en español.

1 La expresión "crimen de derecho internacional" fue adoptada por el Relator Especial Cherif Biassiouni en su informe final presentado en virtud de la resolución 1999/33 de Comisión de Derechos Humanos sobre "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales" y en los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", anexos al informe. Ver Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000, p. 3.

ciones de los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario llama al esclarecimiento y la reparación de las consecuencias de la violencia. Las expectativas realistas de convivencia pacífica bajo el imperio de la ley deben basarse en medidas que hagan frente a los desafíos planteados por la construcción de una cultura de tolerancia y rechazo a la impunidad. La comunidad internacional ha identificado una serie de lineamientos en materia de verdad, justicia y reparación que se nutren tanto de las experiencias vividas en distintas sociedades como en los principios de derecho reflejados en la obligación de los Estados de administrar justicia conforme al derecho internacional.

25. Las normas del sistema interamericano que obligan a los Estados miembros de la OEA hacen parte de este cuerpo normativo. Las experiencias hemisféricas en el contexto de esfuerzos de pacificación han llevado tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a interpretar, entre otras, la obligación de los Estados miembros de compatibilizar el recurso a la concesión de amnistías e indultos a favor de personas que se han alzado en armas contra el Estado, con la obligación de éste de esclarecer, castigar y reparar violaciones de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

26. Las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos humanos derivan de la Carta de la OEA[2] y la Declaración Americana de los

---

[2] Los Estados miembros de la OEA se encuentran –por virtud de la ratificación de la Carta de la OEA– obligados a respetar y asegurar las disposiciones sobre derechos humanos incorporadas a ese instrumento. Véanse, por ejemplo, OEA AG Res. AG/RES. 314 (VII-0/77) del 22 de junio de 1977; OEA AG/RES. 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978; OEA AG/RES. 1829 (XXXI-0/01) del 5 de junio de 2001. Ver también, CIDH *(Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A N° 10, párrafos 43-46; y CIDH, Informe N° 48/01, caso 12.067, Michael Edwards y otros (Bahamas), Informe Anual de la CIDH 2000, párr. 107.

Derechos y Deberes del Hombre[3] así como de los tratados de derechos humanos por ellos ratificados. Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han obligado a respetar los derechos humanos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar a todas las personas sujetas a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de derechos y libertades, sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional o social, condición económica, nacimiento u otra condición social. Asimismo, han acordado adoptar las medidas legislativas y de otra índole que puedan ser necesarias para dar efecto a los derechos o libertades protegidos en la Convención Americana en los casos en que el ejercicio de esos derechos o libertades no estén aún garantizados.[4] Además de la Convención Americana, los Estados miembros han adoptado otros tratados y a fin de complementar y ampliar los derechos allí protegidos.[5]

---

[3] La Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones jurídicas para todos los Estados miembros de la OEA, incluyendo en particular aquellos Estados que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver Corte IDH *(Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10, párr. 43-46. Asimismo, la Comisión ha establecido que el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho al debido proceso y a un juicio justo, protegidos en la Declaración Americana, han adquirido la condición de normas consuetudinarias del derecho internacional. CIDH, Informe No. 19/02, Alfredo Lares Reyes y otros (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2001, párr. 46.

[4] Ver artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano, OEA/Ser.L/V/I.4 rev. 10, 31 de enero de 2004.

[5] Entre éstos se destacan: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, firmada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Per-

27. Estos instrumentos deben ser interpretados y aplicados a la luz de las normas y principios que rigen las obligaciones jurídicas internacionales en general y las obligaciones de derechos humanos en particular, principalmente el principio de la buena fe y de la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno.[6] Asimismo, los compromisos de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos resultan aplicables tanto en

---

sonas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el vigésimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, todos ellos en Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L/V/I.4 rev. 10, 31 de enero de 2004.

6 Véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 UNTS 331, artículo 27 que establece que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Véase también Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, Responsabilidad Internacional por la Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 9 de diciembre de 1994, Serie A, No. 14, párr. 35, donde se reconoce que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia". Ver PCIJ, The Greco-Bulgarian communities-Advisory opinion [1930] PCIJ 1 (31 July 1930); P.CIJ, Treatment of polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Dantzig territory-Advisory opinion [1932] PCIJ 1 (4 February 1932); P.C.I.J. Free zones of Upper Savoy and the district of Gex [1932] PCIJ 3 (7 June 1932).

tiempos de paz como en el contexto de conflictos armados.[7] En ese contexto se ha reconocido que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos difieren de sus otros compromisos internacionales en el sentido [de] que al ratificar este tipo de tratados éstos se obligan no solamente en relación con otros Estados Partes sino también, y en forma principal, respecto de las personas bajo su jurisdicción. Asimismo, las normas interpretativas de la Convención Americana exigen a los órganos de protección –la Comisión y la Corte Interamericanas– la consideración de estándares superiores de protección previstos en otros tratados ratificados por el Estado. Entre estos tratados se cuentan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[8] la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados[9] y su Protocolo Adicional,[10] la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,[11]

---

7 El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece los supuestos de suspensión de garantías en situaciones de emergencia y los derechos no derogables. Ver CIDH, Informe No. 5/97, Abella (Argentina), Informe Anual de la CIDH 1997, párrafo 158; CIDH Informe No. 109/99, Coard y otros (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 1999. Véase análogamente, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y CIJ, *Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, 8 de julio de 1996, ICJ Reports* 1996, donde se confirma que la "protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, excepto por aplicación del artículo 4 del Pacto conforme al cual podrían quedar derogadas ciertas disposiciones en tiempo de emergencia nacional". Ver también ICJ Advisory Opinion of 9 July 2004 "Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory" http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm, párrs. 127, 128 y 129.

8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, vigente desde 1976.

9 Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, 189 UNTS 150.

10 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 4 de octubre de 1967, *606* UNTS 267.

11 Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, Resolución AG 44/25, Anexo 44, ONU GAOR Supp. (N° 49), 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), 20 de noviembre de 1989.

la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,[12] la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares,[13] y los Convenios de Ginebra de 1949[14] y sus Protocolos Adicionales de 1977.[15]

28. Este marco normativo, vigente para la mayoría de los Estados miembros de la OEA, se ve reforzado por el derecho consuetudinario así como por los lineamientos acordados en el seno de organizaciones intergubernamentales tales como las Naciones Unidas. Las normas internacionales vigentes para los Estados miembros, su interpretación a través de la jurisprudencia y los lineamientos recogidos por los órganos intergubernamentales, coinciden en identificar a la verdad, la justicia y la reparación como desafíos fundamentales e ineludibles en la reconstrucción de una cultura de paz, tolerancia, respeto a la ley y rechazo a la impunidad. A continuación, la CIDH ofrece un desarrollo sobre estos elementos y los patrones y obligaciones que se desprenden de ellos.

---

12 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965, 660 UNTS 195.

13 Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, 596 UNTS 261.

14 Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 75 UNTS 31, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 75 UNTS 85, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950. Convenio de Ginebra relativo al trato a los prisioneros de guerra, 75 UNTS 135, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950 El Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, 75 UNTS 287, que entró en vigor el 21 de octubre de 1950.

15 Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 1125 UNTS 3, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978. Segundo Protocolo Adicional relacionado con la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales (Protocolo II), 1125 UNTS 609, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1978.

A. El derecho a conocer la verdad sobre los crímenes de derecho internacional perpetrados durante el conflicto

29. Uno de los efectos más graves e inmediatos de la violencia a gran escala de los conflictos armados internos consiste en lo que muchos –desafiando la lengua– definen como la "invisibilización" de las víctimas.[16] La ausencia de recursos efectivos para logar la intervención de las instituciones del Estado deja a los sectores más desprotegidos de la población civil –pueblos indígenas y comunidades afro descendientes, niños y niñas y mujeres desplazados, por dar algunos ejemplos– a la merced de actores armados que optan por estrategias que no sólo generan el terror y el desplazamiento forzado de los sobrevivientes sino que también tienen por efecto dificultar el esclarecimiento de lo sucedido, dejar a las víctimas fatales en el olvido

---

[16] El Principio V(8) y (9) de los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" define a la víctima como " […] a persona que, individual o colectivamente, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de derechos humanos o el derecho internacional humanitario, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales. Se podrá considerar también 'víctimas' a los miembros de la familia directa o personas a cargo de la víctima directa, así como a las personas que, al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos", y aclara que "la condición de una persona como 'víctima' no debería depender de que se haya identificado, capturado, enjuiciado o condenado al autor de la violación, y debería ser independiente de toda relación que pudiera existir o haber existido entre la víctima y ese autor." Ver Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe Final del Relator Especial Cherif Biassiouni en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos sobre "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales" y "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", anexos al informe, E/CN.4/2000/62 18 de enero de 2000, p. 8.

y propagar el estado de confusión que impide desentrañar las causas de la violencia y ponerles término a través del imperio de la ley.

30. Ante esta realidad, el derecho a la verdad no debe ser coartado a través de medidas legislativas o de otro carácter. La CIDH ha establecido que la existencia de impedimentos fácticos o legales –tales como la expedición de leyes de amnistía– al acceso de información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y que impidan poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna, resultan incompatibles con el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana.[17] El proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información, así como de la formación de comisiones investigadoras[18] y la adopción de las medidas necesarias para habilitar al poder judicial a emprender y completar las investigaciones correspondientes.[19]

31. La Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y el juzgamiento de los responsables conforme a los parámetros de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.[20] Por su parte, el Comité de Derechos Hu-

---

17 CIDH, Informe 25/98, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573,11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile) en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998.

18 Emprendimientos de esta naturaleza han funcionado con resultados significativos en el plano del derecho a la verdad en algunos países de la región tales como Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Perú.

19 Ver CIDH, Capítulo V, "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos", Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, pág. 205.

20 Corte IDH, caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párr. 201.

manos de las Naciones Unidas también se ha pronunciado sobre el deber de los Estados de establecer judicialmente las circunstancias en las cuales se consuman violaciones de los derechos humanos y la responsabilidad de los implicados, como parte de la reparación debida a los familiares de la víctima.[21]

32. En cualquier caso, el goce de este derecho a conocer la verdad sobre la comisión de crímenes de derecho internacional no se limita a los familiares de las víctimas. La Comisión y la Corte Interamericana han manifestado que las sociedades afectadas por la violencia tienen, en su conjunto, el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que delitos aberrantes llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro.[22] La sociedad en su conjunto tiene derecho a conocer la conducta de quienes se hayan involucrado en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, especialmente en caso de masividad o sistematicidad; comprender los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales conductas atroces fueron perpetradas e identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad; con-

---

21 UNHRC, Communication N° 107/1981, Uruguay, CCPR/C/19/D/107/1981, [1983] UNHRC 16 (21 July 1983). Ver también, Theo van Boven, Relator Especial, Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", Consejo Económico y Social, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45° período de sesiones, tema 4 del programa provisional, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, (1993).

22 Ver CIDH, Capítulo V, "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos", Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, pág. 205 y Corte IDH, caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75.

tar con elementos para establecer si los mecanismos estatales sirvieron de marco a la consumación de conductas punibles; identificar a las víctimas y sus grupos de pertenencia así como a quienes hayan participado de actos de victimización; y comprender el impacto de la impunidad.[23]

33. Estos principios y normas resultan particularmente relevantes en situaciones en las que la ferocidad de los métodos empleados por los actores en el conflicto, los constantes actos de retaliación contra la población civil, los defensores de derechos humanos y los funcionarios dispuestos a investigar denuncias en forma seria y administrar justicia, llevan a las víctimas sobrevivientes y testigos a permanecer en silencio. En estos casos, la intimidación, la supresión de pruebas y el funcionamiento deficiente del aparato de justicia se suman al silencio de los afectados, contribuyendo a la impunidad y la repetición de crímenes de derecho internacional.

B. El derecho a la justicia y al esclarecimiento judicial de crímenes de derecho internacional perpetrados durante el conflicto

34. Toda vez que la conducta de quienes participan en el conflicto armado se traduzca en crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y/o violaciones de los derechos humanos a través de la comisión *inter alia* de asesinatos, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, traslados o desplazamientos forzosos, torturas, actos inhumanos destinados a causar intencionalmente la muerte o graves daños a la integridad física y mental, ataques contra la población civil o sus bienes, reclutamiento de niños y niñas menores de 15

---

[23] Ver "Patrones internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para lograr la superación del conflicto armado interno", Intervención del señor Michael Früling, director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, durante las "Jornadas de concertación social para superar el fenómeno de paramilitarismo", Comisión Primera del Senado, 2 de abril de 2004, Bogotá.

años de edad,[24] los Estados tienen –conforme al derecho internacional consuetudinario y los tratados– la obligación perentoria de investigar los hechos y juzgar y sancionar a los responsables. Se trata de crímenes de derecho internacional de carácter imprescriptible, no susceptibles de amnistía, cuya falta de debido esclarecimiento puede generar la responsabilidad internacional del Estado y habilitar la jurisdicción universal a fin de establecer la responsabilidad penal individual de los implicados.[25]

35. Los Estados tienen la obligación de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.[26] En el sistema interamericano, esta obligación de los Estados se encuentra reflejada

---

[24] Ver Estatuto del Tribunal Internacional para enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, S.C. Res. 827, UN SCOR, 48th Session, UN Doc S/Res/827, 25 de mayo de 1993, artículos 3 y 5; Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, S.C. Res. 955, UN SCOR, 49th Sess., UN Doc S/Res/955, (1994), artículos 3 y 4; y el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, A/CONF.183/10, Resolución E, A/CONF.183/C.1/L.76/Add.14, 8; y Estatuto de la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/CONF.183/9 (1998), corregido por el proceso verbal del 10 de noviembre de 1998 y 12 de julio de 1999, entró en vigor el 1° de julio de 2002, artículos 6, 7 y 8.

[25] Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, A/CONF.183/10, Resolución E, A/CONF.183/C.1/L.76/Add.14, Estatuto de la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/CONF.183/9 (1998), corregido por el proceso verbal del 10 de noviembre de 1998 y 12 de julio de 1999, entró en vigor el 1° de julio de 2002. Ver artículo 29 sobre imprescriptibilidad y artículo 17 sobre jurisdicción de la Corte. Ver también "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad" adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968.

[26] La Corte Interamericana ha definido la impunidad como la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de responsables de vio-

en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana[27] y en los artículos 1(1), 2, 8 y 25 de la Convención Americana.[28] Conforme a estas normas y su interpretación autorizada, los Estados miembros de la OEA tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público de manera que sean capaces de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y de prevenir, investigar, juzgar y sancionar su vulneración. Esta obligación es independiente de que los autores de los crímenes sean agentes del poder público o particulares.[29] Toda vez que se trate de delitos de acción pública o perseguibles

---

laciones de los derechos humanos. Ver Corte IDH, caso Paniagua Morales y otros, sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37, párr. 173. Ver también caso Bámaca Velásquez, sentencia del 8 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párr. 211; caso Loayza Tamayo, sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42, párrs. 168 y 170.

27 Declaración Americana, artículo XVIII: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrado constitucionalmente". Artículo XXIV: "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución".

28 El artículo 25 de la Convención Americana establece que: "1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2) Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

29 Corte IDH, caso 19 Comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004, párr. 140; caso Juan Humberto Sánchez, sentencia del 7 de junio de 2003, Serie C, No. 99, párr. 142; caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000,

de oficio, el Estado es el titular de la acción punitiva y es responsable de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares, con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.[30]

36. Las protecciones derivadas del derecho al debido proceso y la protección judicial aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, previstos en los Convenios de Ginebra, se corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos y exigen a los Estados el juzgamiento y sanción de personas que cometan u ordenen la comisión de infracciones graves al derecho internacional humanitario.[31]

Serie C, No. 70, párr. 210; caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37, párr. 174; y caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párrs. 172 y 174.

30 Desde sus primeras sentencias la Corte Interamericana estableció que esta labor debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Ver Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 177; caso Villagrán Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia del 19 del noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párr. 226.

31 Ver artículo 49 del Convenio I, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III y artículo 146 del Convenio IV, aprobados por la "Conferencia diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger las víctimas de la guerra, el 12 de agosto de 1949", que establecen que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio […] cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad…". Ver también artículo 85 del Protocolo Adi-

Estas obligaciones no admiten derogación por causa de la vigencia del conflicto. En los casos en que, por ejemplo, el derecho internacional humanitario prescribe estándares mínimos del debido proceso, los Estados no pueden recurrir a derogaciones permisibles bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Este criterio encuentra respaldo en los artículos 27 y 29 de la Convención Americana que prohíben derogaciones incongruentes con las demás obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional y que prohíbe toda interpretación de la Convención que restrinja el goce del ejercicio de un derecho o libertad reconocida en virtud de otra convención de la cual el Estado sea parte.[32]

37. Algunos Estados afectados por conflictos armados internos y sus consecuencias han recurrido al dictado de leyes de amnistía al momento de implementar mecanismos de pacificación y reconciliación nacional. Sin embargo, la concesión de amnistías e indultos debe circunscribirse a conductas punibles que tengan el carácter de delitos políticos o de delitos comunes conexos con aquéllos en la medida en que teniendo relación directa y estrecha con la delincuencia política, no constituyan delitos graves conforme al derecho internacional. Los responsables por la comisión de este tipo de crímenes no deben beneficiarse indebidamente de causales de exclusión de la punibilidad, como la prescripción del delito y la prescripción de la pena; con el otorgamiento de asilo territorial o diplomático; con la negativa a entrega en extradición por la comisión de crímenes sancionados por el derecho internacional; o con la concesión de amnistías o indultos.[33]

---

cional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y comentario en CICR, *Commentary on the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I),* Sandoz, Swinarski & Zimmermann (eds.), Nijhoff, 1987, pp. 991 y ss.

[32] Ver CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/ll.116 Doc. 5 rev. 1 corr. (2002).

[33] Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)*, Informe Final preparado Louis Joinet, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Im-

38. En este sentido, la CIDH ha establecido de manera consistente que si bien la adopción de normas destinadas a amnistiar a los responsables por el delito de alzarse en armas contra el Estado puede ser una herramienta útil en el marco de los esfuerzos por alcanzar la paz, tanto las leyes de amnistía como las medidas legislativas similares que impiden o dan por terminada la investigación y juzgamiento de crímenes de derecho internacional impiden el acceso a la justicia y hacen ineficaz la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio.[34]

39. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que los Estados Parte de la Convención Americana no pueden invocar disposiciones de su derecho interno, tales como leyes de amnistía, para incumplir su obligación de garantizar el fun-

---

punidad, conforme a la Resolución 1996/119 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1997/20 Rev. 1 (1997), Principios 26 a 35. En el caso del juzgamiento de autores de crímenes de derecho internacional, deben imponerse las penas de privación de la libertad previstas en la ley para los delitos correspondientes. La extensión de beneficios de reducción de la pena debiera depender de las acciones positivas y eficaces de colaboración destinadas a determinar la autoría de los delitos, sus circunstancias y móviles, el daño causado y –en su caso– localizar los restos de las víctimas. Accesoriamente, los condenados por este tipo de crímenes debieran permanecer, durante un plazo razonable, judicialmente inhabilitados para el ejercicio de cargos oficiales y funciones públicas. Ver "Patrones internacionales en materia de verdad, justicia y reparación para lograr la superación del conflicto armado interno", Intervención del señor Michael Früling, director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Jornadas de concertación social para superar el fenómeno del paramilitarismo", Comisión Primera del Senado, 2 de abril de 2004, Bogotá.

[34] CIDH Informe 28/92, Argentina, Informe Anual de la CIDH 1992-1993, párr. 41; Informe 29/92, Uruguay, Informe Anual de la CIDH 1992-1993, párr. 51; Informes 34/96 y 36/96, Chile, Informe Anual de la CIDH 1996, párrs. 76 y 78 respectivamente; Informe 25/98, Chile, Informe Anual de la CIDH 1997, párr. 71; e Informe 1/99, El Salvador, Informe Anual de la CIDH 1998, párr. 170.

cionamiento completo y debido de la justicia.[35] En su sentencia en el caso Barrios Altos estableció que resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.[36] La Corte concluyó que al ser incompatibles con la Convención Americana, estas leyes de amnistía carecían de efectos jurídicos y no podían constituir un obstáculo para la investigación, identificación y castigo de los responsables de violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana.[37]

40. En suma, toda vez que las leyes de amnistía o las medidas legislativas de similar naturaleza tornan ineficaces y sin valor la obligación de los Estados Partes de asegurar el esclarecimiento judicial de crímenes de derecho internacional, éstas resultan incompatibles con la Convención Americana, más allá de que las violaciones en cuestión puedan ser atribuidas a agentes estatales o particulares.

---

35 Corte IDH, caso Loayza Tamayo (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42, párr. 170.

36 Corte IDH, caso Barrios Altos - Chumbipuma Aguirre y otros, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No.75, párr. 41.

37 Ibídem. Estos criterios coinciden con la postura expresada por otros órganos intergubernamentales. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresó preocupación por las amnistías concedidas por los decretos leyes 26479 y 26492, y concluyó que dichas normas eran incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado, ver Observaciones preliminares del Comité de Derechos Humanos, Perú, CCPR/C/79/Add.67, 25 de julio de 1996. Asimismo, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura por su parte expresó preocupación por la práctica de promulgar leyes de amnistía que propician la impunidad de actos de tortura, ver Actas resumidas de la parte pública de la sesión 333ª.: Panamá yPerú 20/05/98. CAT/C/SR.333.

41. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de las víctimas a recursos adecuados y efectivos tanto para denunciar la comisión de estos crímenes como para lograr la reparación del daño sufrido y de esa forma contribuir a prevenir su repetición. Los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" establecen que los Estados deben: a) dar a conocer, por medio de mecanismos oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario; b) adoptar, durante los procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole que afecten a los intereses de las víctimas, medidas [para] proteger su intimidad, según proceda, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos, contra todo acto de intimidación o represalia; y c) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos y obtener reparación por las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario.[38]

42. La vigencia del Estado de derecho exige que los individuos, las instituciones y el Estado mismo actúen bajo el imperio de las leyes, conforme a los principios de igualdad y no discriminación, legalidad, debido proceso e independencia del poder judicial. El derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos del Estado de

---

[38] Véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe Final del Relator Especial Cherif Biassiouni en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos sobre "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales" y "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", anexos al informe, E/CN.4/2000/62 18 de enero de 2000, pág. 9.

derecho en una sociedad democrática,[39] y el derecho internacional exige que los Estados garanticen la investigación de violaciones de los derechos humanos, el juzgamiento y sanción de los responsables, y que asimismo dispongan la reparación del daño causado a las víctimas. La Corte Interamericana ha resaltado la conexión intrínseca entre los deberes de los Estados de respetar, garantizar y hacer efectivos los derechos humanos y la protección judicial efectiva.[40] En este sentido, ha indicado que a fin de garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención Americana, no basta con investigar los hechos y juzgar a los responsables sino que es necesario, además, que la actividad estatal se oriente hacia la reparación a la parte lesionada.

C. El derecho de las víctimas a la reparación del daño causado

43. La igualdad de los ciudadanos ante la ley y las instituciones constituye uno de los pilares de la vigencia del Estado de derecho. El reestablecimiento de las condiciones de igualdad que hacen posible el reconocimiento de su estatus como ciudadanos y la recuperación de la confianza en las instituciones por parte de las víctimas del conflicto, resulta de importancia fundamental para alcanzar la paz. Las víctimas de los crímenes cometidos durante el conflicto armado tienen derecho a la reparación adecuada del daño sufrido, que debe materializarse a través de medidas individuales de restitución, indemnización y rehabilitación, medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición, que permitan reestablecer su situación, sin discriminación.[41]

---

[39] Corte IDH, caso Castillo Páez, sentencia, 3 de noviembre de 1997, Serie C, No. 34, párrafo 82. Véase también Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párrafo 112.

[40] Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, No. 1, párr. 90.

[41] La Corte Interamericana ha señalado que las medidas de reparación deben tender a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Ver Corte IDH caso Mack Chang, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 237;

44. Los estándares aplicables establecen que las medidas de alcance individual deben ser suficientes, efectivas, rápidas y proporcionales a la gravedad del crimen y a la entidad del daño sufrido y estar destinadas a restablecer la situación en que se encontraba la víctima antes de verse afectada.[42] Estas medidas pueden consistir en el restablecimiento de derechos tales como el de la libertad personal, en el caso de los detenidos o secuestrados; y el retorno al lugar de residencia, en el caso de los desplazados. Asimismo, las víctimas que han sido despojadas de sus tierras o propiedades por medio de

---

caso Cantos, sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, No. 97, párr. 108; caso del Carachazo, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 29 de agosto de 2002, Serie C, No. 95, párr. 78. Dichas medidas comprenden las diferentes formas en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que incurrió, que conforme al derecho internacional consisten en medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición. Véase Naciones Unidas, Informe definitivo presentado por Theo Van Boven, Relator Especial para la Restitución, Compensación y Rehabilitación de las Víctimas de Graves Violaciones de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario, E/CN.4/Sub2/1990/10, 26 julio de 1990. Véase también, Corte IDH, caso Blake. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 22 de enero de 1999, Serie C, No. 48, párr. 31; caso Suárez Rosero, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 20 de enero de 1999, Serie C, No. 44, párr. 41; caso Castillo Páez, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 43.

42 Véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe Final del Relator Especial Cherif Biassiouni en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos sobre "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales" y "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", anexos al informe, E/CN.4/2000/62 18 de enero de 2000, p. 10, Principio IX(15) y X(21)(22)(23).

la violencia ejercida por los actores del conflicto armado tienen derecho a medidas de restitución.[43]

45. En el caso de crímenes que, por sus características, no admiten la *restitutio in integrum,*[44] los responsables deben compensar a la víctima o sus familiares por los perjuicios resultantes del crimen. El Estado deberá esforzarse por resarcir a la víctima cuando el responsable de la conducta ilícita no haya podido o no haya querido cumplir sus obligaciones.[45] Asimismo, la situación de la víctima puede requerir de la adopción de medidas de rehabilitación tales como atención médica y psicológica, servicios jurídicos y sociales de apoyo.

---

[43] Véase entrevista con Salvatore Mancuso en *El Espectador* 3 de noviembre de 2004, donde indica "es cierto que en el transcurso del conflicto hemos adquirido algunas propiedades que han servido de infraestructura para el esquema de defensa. Me dice que hemos expropiado tierras. Le digo una cosa: cuando me formé dentro del esquema de autodefensa, los que se desplazaban eran los ganaderos, los campesinos. O sea que el desplazamiento viene desde hace mucho." Véase también "Los señores de la tierra. Grupos paramilitares se están apoderando, a sangre y fuego, de las tierras más valiosas del país. Las víctimas están desesperadas y no tienen quién les devuelva su patrimonio", en *Semana,* No. 1152, 31 de mayo al 7 de junio de 2004, p. 224, en el cual se hace referencia a los métodos y las estrategias empleados por grupos paramilitares en distintas regiones del país para usurpar títulos a través del asesinato, el desplazamiento forzado, la escrituración sin registro y la corrupción.

[44] Corte IDH, caso Blake, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 22 de enero de 1999, Serie C, No. 48, párr. 31; caso Suárez Rosero, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 20 de enero de 1999, Serie C, No. 44, párr. 41.

[45] Véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Informe Final del Relator Especial Cherif Biassiouni en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos sobre "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales" y "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", anexos al informe, E/CN.4/2000/62 18 de enero de 2000, p. 10, Principio IX(16)(17)(18)(19).

46. Las garantías generales de satisfacción requieren de medidas tendientes a remediar el agravio padecido por [la] víctima, incluyendo la cesación de violaciones continuadas; la verificación de los hechos constitutivos de crímenes internacionales; la difusión pública y completa de los resultados de las investigaciones destinadas a establecer la verdad de lo sucedido, sin generar riesgos innecesarios para la seguridad de víctimas y testigos; la búsqueda de los restos de los muertos o desaparecidos; la emisión de declaraciones oficiales o de decisiones judiciales para restablecer la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas y de las personas a ellas vinculadas; el reconocimiento público de los sucesos y de las responsabilidades; la recuperación de la memoria de las víctimas; y la enseñanza de la verdad histórica.[46]

47. Las garantías de no repetición requieren la adopción de medidas tendientes a prevenir nuevas violaciones de los derechos humanos. Éstas exigen la disolución de grupos armados paraestatales; la derogación de normas que favorecen la comisión de violaciones de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario; el control efectivo de las Fuerzas Armadas y de seguridad por la autoridad civil; el empleo de tribunales militares exclusivamente para delitos de función; el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; la protección de la labor desarrollada por operadores de justicia, defensores de derechos humanos y periodistas; la capacitación ciudadana y de agentes del Estado en materia de derechos humanos y del cumplimiento de los códigos de conducta y las normas éticas; y la creación y perfeccionamiento de mecanismos de intervención preventiva y resolución de conflictos.[47]

---

[46] Ibídem, Principio X(25).

[47] Ibídem.

Corte Constitucional
Sentencia C-228 de 2002
Magistrados ponentes:
Manuel José Cepeda Espinosa y
Eduardo Montealegre Lynett
3 de abril de 2002

[…]

4. La protección amplia de los derechos de las víctimas de delitos y la reconceptualización de la parte civil a partir de la Constitución de 1991

Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátese de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado.

A continuación se examinará en primer lugar el alcance de los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible dentro del proceso penal, a la luz del texto constitucional. Posteriormente, se aludirá [a] la evolución de los derechos de la parte civil en el derecho internacional, como quiera que según lo que establece el artículo 93 de la Carta, los derechos deberán ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. En tercer lugar, con el fin de ilustrar el tratamiento de los derechos de la parte civil en los distintos sistemas jurídicos, se hará una breve referencia a la tendencia en el derecho comparado.

4.1. Los derechos de la parte civil a la luz de la Constitución de 1991

En un Estado social de derecho y en una democracia participativa (art. 1, CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima. Así, el numeral 4 del artículo 250 Superior, señala que el Fiscal General de la Nación debe "velar por la protección de las víctimas".

Como desarrollo del artículo 2 de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos.

El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que "Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana", las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón

a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica.[1]

Ello también se observa en la concepción y en la función de los mecanismos judiciales para la protección de los derechos que prevé la Carta –tales como la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares, entre otras–, los cuales tienen como finalidad asegurar una garantía efectiva de la dignidad y de los derechos de las personas y por ello no están orientadas principalmente a la búsqueda de una reparación económica.

En la Carta se refleja también una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no está prima facie limitada a lo económico. En efecto, el numeral 1 del artículo 250 superior, establece como deberes de la Fiscalía General de la Nación el "tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito". De ello resulta que la indemnización es sólo uno de los posibles elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización. La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el "restablecimiento del derecho", lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia.

En consonancia con lo anterior, el artículo 229 de la Carta garantiza "el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia". Ese derecho comprende, tal como lo ha reconocido esta Corte, contar, entre otras cosas, con procedimientos idóneos y efec-

---

[1] Esto ya fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-412/93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 12.

tivos para la determinación legal de derechos y obligaciones,[2] la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas,[3] la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso,[4] la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias,[5] que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia a los pobres[6] y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio naciona.[7] Y, aun cuando en relación con

---

2 Véanse entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-597/92, M. P. Ciro Angarita Barón, SU-067/93, M. P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz; T-451/93, M.P: Jorge Arango Mejía; T-268/96, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

3 Véanse entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-399/93, M.P: José Gregorio Hernández Galindo; C-544/93, M.P: Antonio Barrera Carbonell; T-416/94, M.P: Antonio Barrera Carbonell; T-502/97, M.P: Hernando Herrera Vergara.

4 Véanse entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, T-046/93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-093/93, M. P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C-301/93, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-544/93, M. P. Antonio Barrera Carbonell,;T-268/96, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-742/99, M.P: José Gregorio Hernández.

5 Véase entre otras las sentencias de la Corte Constitucional, SU-067/93, M. P. Ciro Angarita Barón y Fabio Morón Díaz, T-275/94, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-416/94, M.P: Antonio Barrera Carbonell, T-502/97, M. P. Hernando Herrera Vergara, C-652/97, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-742, M.P. José Gregorio Hernández.

6 Véase entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-522/94, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-037/96, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; y C-071/99, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

7 Ver por ejemplo la sentencia C-157/98, M. P., en la cual la Corte encontró que no se vulneraba el derecho a acceder a la justicia al exigir que la interposición de la acción de cumplimiento se hiciera ante los Tribunales Administrativos, pues la ley establecía un mecanismo para facilitar el acceso en aquellos sitios donde no hubiera Tribunales. Dijo entonces la Corte: "No se vulnera el derecho de acceso a la justicia con la asignación de la competencia en los Tribunales Contencioso Administrativos, porque aquél se garantiza en la medida en que las personas no tienen que acudir directa y personalmente ante los

este tema el legislador tiene un amplio margen para regular los medios y procedimientos que garanticen dicho acceso, ese margen no comprende el poder para restringir los fines del acceso a la justicia que orientan a las partes hacia una protección judicial integral y plena de los derechos, para circunscribir dicho acceso, en el caso de las víctimas y perjudicados de un delito, a la obtención de una indemnización económica. Por lo cual, el derecho a acceder a la administración de justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos.

El derecho de las víctimas a participar dentro del proceso penal para lograr el restablecimiento de sus derechos tiene también como fundamento constitucional el principio [de] participación (art. 2, CP), según el cual las personas pueden intervenir en las decisiones que los afectan.[8] No obstante, esa participación deberá hacerse de conformidad con las reglas de participación de la parte civil y sin que la víctima o el perjudicado puedan desplazar a la Fiscalía o al juez en el cumplimiento de sus funciones constitucionales, y sin que su participación transforme el proceso penal en un instrumento de retaliación o venganza contra el procesado.

Finalmente, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica reconocidos a las víctimas o perjudicados por un hecho punible, pueden tener como fundamento constitucional otros derechos, en especial el derecho al buen nombre y a la honra de las personas (arts. 1°, 15 y 21, CP), puesto que el proceso penal puede

---

respectivos tribunales a ejercer su derecho a incoar la acción de cumplimiento, porque pueden remitir, previa autenticación ante juez o notario del lugar de su residencia, la respectiva demanda, según las reglas previstas para la presentación de la demanda en el Código Contencioso Administrativo, cuando el demandante no resida en la sede del Tribunal."

8 Así lo reconoció la Corte en la sentencia C-412/93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, donde afirmó "las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático debe ser eminentemente participativa".

ser la única ocasión para que las víctimas y los perjudicados puedan controvertir versiones sobre los hechos que pueden ser manifiestamente lesivas de estos derechos constitucionales, como cuando durante el proceso penal se hacen afirmaciones que puedan afectar la honra o el buen nombre de las víctimas o [los] perjudicados.[9]

Además, la reducción de los derechos de las víctimas y los perjudicados al interés en una reparación económica no consulta otras normas constitucionales, en las cuales se establecen principios fundamentales y deberes, estrechamente relacionados con el restablecimiento de los derechos de las víctimas y perjudicados. En cuanto a los principios, el de "asegurar la convivencia pacífica" (art. 2, CP) exige que el Estado provea mecanismos que eviten la resolución violenta de los conflictos y el de garantizar "la vigencia de un orden justo" (art. 2, CP), hace necesario que se adopten medidas para combatir la impunidad. En cuando a los deberes, el de "colaborar para el buen funcionamiento de la justicia" (art. 95, 7, CP), implica que las personas presten su concurso para el logro de una pronta y cumplida justicia, pero no sólo para recibir un beneficio económico.

De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Ésta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos.[10]

---

[9] Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional T-275/94, M. P. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte reconoció el derecho a conocer la verdad de los familiares de la víctima de un presunto suicidio.

[10] No aborda la Corte en la presente sentencia otros derechos de las víctimas, como el derecho a la protección de su vida e integridad física, así como el derecho a ser tratados dignamente y a que su intimidad sea protegida. Tan sólo se alude tangencialmente a ellos.

4.2. Los derechos de las víctimas del delito en el derecho internacional y el derecho a la tutela judicial efectiva

En consonancia con lo que establece el artículo 93 constitucional, "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", por lo cual pasa la Corte a examinar brevemente el estado actual de la protección de las víctimas en el derecho internacional.

La visión tradicional de los derechos de la víctima de un delito, restringida al resarcimiento económico, se ha ido transformando en el derecho internacional, en particular en relación con las violaciones de los derechos humanos desde mediados del siglo XX, dentro de una tendencia hacia una concepción amplia del derecho a una tutela judicial idónea y efectiva, a través de la cual las víctimas obtengan tanto la reparación por el daño causado, como claridad sobre la verdad de lo ocurrido, y que se haga justicia en el caso concreto. La Constitución de 1991 recogió esta tendencia que cobró fuerza a finales de los años sesenta y se desarrolló en la década de los ochenta.

En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves de los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.[11]

---

[11] Organización de las Naciones Unidas, Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de

En 1948, tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre[12] como la Declaración Universal de Derechos Humanos,[13] marcan el inicio de una tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través de la cual no sólo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido algo similar al afirmar que:

> [...] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista,

---

Perpetradores de Violaciones de los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final). Véase también, Beth Stephens, Conceptualizing Violence: Present and Future developments in International Law Panel 1: Human Rights and Civil Wrongs at Home and Abroad: Old Problems and New Paradigms: Do Tort Remedies Fit the Crime? En *60 Albany Law Review* 579, 1997.

12 *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

13 *Declaración Universal de Derechos Humanos*, AG res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

> no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, *sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla*[14] (énfasis agregado).

En 1988 dijo la Corte Interamericana lo siguiente:

> Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, *investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos* (énfasis agregado).[15]

En un caso reciente, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló como contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia, a pesar de que el Estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica.[16] Dijo entonces la Corte Interamericana:

---

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A, No. 9, párr. 24.

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988.

[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú), sentencia del 14 de marzo de 2001. La Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de haber aceptado su responsabilidad y decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad *que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos* tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

42. La Corte, [...] considera que *las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso*. [...]

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que *nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz*, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones de derechos humanos, ya que *se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente,* (énfasis agregado).

Este derecho ha sido recogido y desarrollado en múltiples instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo,[17] el cual ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya se anotó, no sólo como el derecho a una reparación económica, sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables.[18] Igualmente, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos consagra el deber de los Estados Partes de proveer recursos judiciales eficaces para la protección de los derechos humanos.[19]

---

17 *Convención Americana de Derechos Humanos*, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de 1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992). Artículo 25. Protección Judicial. "1.Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

18 Véase entre otros, caso Barrios Altos de la Corte Interamericana, sentencia del 14 de marzo de 2001; caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988; caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997; caso 10987 (Argentina), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No. 30/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6, rev., 13 de abril de 1998; caso No. 10843 (Chile), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, No. 36/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997.

19 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, AG. res. 2200A (XXI), 21 UN. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS. 171, en-

Esa tendencia del derecho internacional también está presente en el sistema de las Naciones Unidas. En particular, el 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder",[20] según la cual las víctimas "tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la jus-

---

trada en vigor 23 de marzo de 1976. Artículo 2.1. "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

[20] *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. "4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedi-

ticia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido" y para ello es necesario que se permita "que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente".

Dicha tendencia a no reducir los derechos de las víctimas o perjudicados a la búsqueda de una reparación pecuniaria también se refleja en el derecho internacional humanitario. El Protocolo I reconoce el "derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros",[21] lo cual no está referido únicamente a la posibilidad de obtener una indemnización económica.[22]

---

mientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

21 Véase el artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

22 El derecho a saber la verdad en el caso de personas desaparecidas o fallecidas durante el conflicto en la Antigua República de Yugoslavia fue recogido en el Tratado de Paz entre Croacia y Bosnia y Herzegovina, concluido el 21 de noviembre de 1995 en Dayton (Estados Unidos) y firmado en París el 14 de diciembre de 1995, en los siguientes términos (traducción no oficial): "2. Los

Más recientemente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional –aun cuando todavía no se encuentra en vigor y sin que ello signifique un pronunciamiento de esta Corte sobre su constitucionalidad– se consagraron expresamente los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses.[23] Los Estatutos de los Tribunales Internacionales para Ruanda y Yugoslavia, contienen disposiciones relativas a la protección de las víctimas.[24]

Estados Parte se comprometen a permitir el registro de tumbas y la exhumación de cadáveres de fosas individuales o colectivas que se encuentren en su territorio, así como el acceso de personal autorizado dentro de un período de tiempo definido para la recuperación y evacuación de los cadáveres de militares o civiles muertos con ocasión del conflicto armado y de los prisioneros de guerra fallecidos."

[23] Artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

[24] Estatuto para el Tribunal Internacional para el Juzgamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 (traducción no oficial). Artículo 20. Apertura y conducción del proceso. 1. La Cámara de Primera Instancia debe ocuparse de que el proceso sea imparcial y expedito y que la instancia se desarrolle de conformidad con las reglas de procedimiento y de prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados y *que la protección de las víctimas y de los testigos sea debidamente asegurada*. Artículo 22. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional prevé en sus reglas de procedimiento y de prueba *medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad* (énfasis agregado).
Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda. "Artículo 14. Reglas de procedimiento y de pruebas. A los efectos de las actuaciones ante el Tribunal Inter-

En el contexto europeo también se han reconocido de manera amplia los derechos de las víctimas, que comprenden no sólo la indemnización de perjuicios, sino el derecho a que se haga una investigación exhaustiva que otorgue claridad sobre lo ocurrido y conduzca a la sanción justa de los responsables. En 1977 el Comité de Ministros del Consejo de Europa expidió la Resolución (77) 27, con recomendaciones para la indemnización de las víctimas del delito.[25] En 1983 se redactó la Convención Europea para la compensación de las víctimas de los crímenes violentos, con el fin de ocuparse de la situación de las víctimas que hubieran sufrido daños corporales o menoscabo de salud y de las personas dependientes de quienes mueran como resultado de estos delitos, pero donde también se hace referencia a la obligación de proteger a las víctimas y de otorgarles ciertos derechos a participar en el proceso penal.[26] Posteriormente, en 1985, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la recomendación R (85) 11 sobre la posición de la víctima

---

nacional para Rwanda, los magistrados del Tribunal Internacional adoptarán las reglas de procedimiento y de pruebas aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho, a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y testigos y a otros asuntos pertinentes del Tribunal Internacional para la ExYugoslavia, con las modificaciones que estimen necesarias. […] Artículo 19. Iniciación y tramitación del juicio. 1. La Sala de Primera Instancia deberá velar por que el procedimiento sea justo, expedito y que se tramite de conformidad con las normas de procedimiento y de pruebas, con pleno respeto de los derechos del acusado y *con la consideración debida a la protección de las víctimas* y los testigos. […] Artículo 21. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional para Rwanda, adoptará disposiciones, en sus reglas de procedimiento y de prueba *medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad* (énfasis agregado).

[25] Resolución (77) 27, adoptada por el comité de ministros del consejo de europa el 28 de septiembre de 1977.

[26] Convención Europea del 24 de noviembre de 1983, sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos. El Consejo de Europa también ha expedido normas y recomendaciones relativas a los derechos de las víctimas de los delitos.

en el procedimiento y en el derecho penal;[27] y, en 1987 como complemento, se formuló la recomendación R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de los procesos de victimización.[28] Recientemente, como parte de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales consagró el derecho a un recurso judicial efectivo.[29]

En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos dijo en 1996 lo siguiente:

> 95. La Corte observa que el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) garantiza la disponibilidad a nivel nacional de un recurso para proteger los derechos y libertades que consagra la Convención, cualquiera que sea la forma en que el derecho interno los asegure. *El efecto de este artículo es, por lo tanto, exigir un recurso interno a través del cual la autoridad nacional competente decida sobre el fondo de la queja y otorgue el remedio adecuado, aun cuando los Estados Parte gozan de discrecionalidad para adaptarse a las obligaciones derivadas de esta norma.* [...] En cualquier caso, el recurso requerido por el artículo 13 debe ser efectivo, tanto en la ley como en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe ser impedido

---

27 Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

28 Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

29 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000 OJ (C 364) 1, en vigor desde diciembre 7, 2000. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Artículo 47. "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia."

> injustificadamente por las acciones u omisiones de las autoridades del Estado demandado. […]
>
> 98. [...] el artículo 13 impone a los Estados, *sin perjuicio de que haya otros recursos disponibles en el ordenamiento interno, una obligación de realizar una investigación exhaustiva y efectiva de los incidentes de tortura*" (traducción no oficial) (énfasis agregado).[30]

Como resultado de esta tendencia en el derecho de los derechos humanos, la comunidad internacional ha rechazado los mecanismos internos que conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad de lo ocurrido.[31] Si bien este consenso se refiere a violaciones graves de los derechos humanos, el lenguaje de los textos citados, así como la interpretación judicial de los mismos, igualmente mencionada, tiene un alcance que rebasa tales delitos o crímenes.

4.3. Los derechos de la víctima de un hecho punible en el derecho comparado: breve referencia a una tendencia al reconocimiento y ampliación de los mismos

Las principales objeciones a una concepción amplia de los derechos de la parte civil no restringida exclusivamente a la reparación material, provienen del argumento según el cual en un Estado de tradición liberal, el lugar de las víctimas y los perjudicados por un delito es accesorio, pasivo y reducido a un interés económico puesto que es el Estado el único legitimado para perseguir el delito dentro del marco de limitaciones y salvaguardas establecidas por la

---

30 Corte Europea de Derechos Humanos, caso Aksoy c.Turquía, sentencia del 18 de diciembre de 1996.

31 Douglas W. Cassel Jr., *International Truth Commissions and Justice*; Luc Huyse, "Justice after Transition: On the choices succesor elites make in dealing with the past", en *Transitional Justice*, Volume I: General Considerations, pp. 326 a 349; Juan E. Méndez, "The Right to Truth", en *Reigning in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Rights: Proceedings of The Siracusa Conference*, 17-21 septiembre, 1998, Christopher C. Joyner (ed.), 1998.

Constitución y la ley. Por eso resulta relevante que en esta subsección se examine brevemente la forma como se ha regulado en algunos sistemas jurídicos liberales el papel que puede asumir la parte civil dentro del proceso penal y los derechos asociados a esas posibilidades de intervención, así como las tendencias al respecto.

Tanto en los sistemas romanos germánicos, como en los de tradición anglosajona, los derechos de las víctimas, los perjudicados y la parte civil han sido considerados como relevantes. Sin embargo, los derechos que se le han reconocido, así como los espacios en que se ha permitido su intervención, han tenido una evolución distinta en uno y otro sistema. Cinco son las cuestiones que interesan en este caso: i) la posibilidad de intervención de las víctimas y los perjudicados dentro del proceso penal; ii) la posibilidad de que la víctima o los perjudicados impulsen el proceso penal ante una omisión del Estado; iii) la finalidad de la intervención de la víctima y de los perjudicados dentro del proceso penal; iv) el ámbito de protección de los derechos de la víctima dentro del proceso penal; y v) los mecanismos a través de los cuales se puede garantizar una reparación integral a la víctima.

En cuanto a la posibilidad de intervención de las víctimas y los perjudicados en el proceso penal se identifican dos grandes tendencias. En los sistemas romano germánicos generalmente se ha admitido la intervención de las víctimas dentro del proceso penal a través de su constitución en parte civil. En los sistemas de tradición anglosajona, aun cuando tradicionalmente la víctima y los perjudicados no tienen el carácter de parte dentro del proceso penal y su intervención es la de un simple testigo, esta posición ha ido variando, hasta otorgarles incluso el derecho a impulsar la investigación criminal y el proceso penal.[32]

En cuanto al momento en el que las víctimas o perjudicados pueden intervenir en el proceso penal, la mayor parte de los países que permiten su intervención la prevén tanto para la etapa de ins-

---

[32] Jean Pradel, *Droit Pénal Comparé*, Editorial Dalloz, 1995, pp. 532 a 535.

trucción como durante la etapa de juzgamiento.[33] Sin embargo, en los sistemas donde aún prevalece un sistema inquisitivo de investigación penal, las víctimas o perjudicados no tienen la posibilidad de intervenir durante la etapa de investigación. Esa es la situación de Bélgica, donde la parte civil no puede intervenir durante la etapa de instrucción, pues es una etapa vedada a todas las partes del proceso, no sólo a la parte civil. Sin embargo, desde 1989 esta característica ha sido considerada como contraria a la Convención Europea de Derechos del Hombre.[34]

En relación con la posibilidad de que las víctimas puedan impulsar el proceso penal ante la omisión del Estado, se han adoptado distintos esquemas de solución en consideración a los principios de oportunidad y de legalidad. En los sistemas orientados por el principio de legalidad la ocurrencia de un hecho punible obliga al Estado a iniciar la acción penal en todos los casos.[35] En los sistemas que reconocen el principio de oportunidad, el ente acusador goza de mayor discrecionalidad para decidir cuándo no iniciar una acción penal. En esos casos, aun cuando en principio el Estado es quien tiene el monopolio de la acción penal, se permite el ejercicio de acciones privadas y se han desarrollado mecanismos para que las víctimas o perjudicados puedan oponerse a la decisión estatal de no ejercer la acción penal en un determinado caso.[36]

---

[33] M. Delmas-Marty, ob. cit., pp. 77-78, 86-87, 97, 133, 144, 149, 161, 181, 231, 235, 237, 243, 246, 251, 294.

[34] Asunto Lamy c. Bélgica, Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 30 de marzo de 1989, donde la Corte Europea de Derechos del Hombre señaló que impedir al procesado o a su abogado [el acceso] al expediente para controvertir las pruebas que servían de base para la detención, era contrario a la Convención Europea de Derechos del Hombre, en particular de su derecho a la defensa. En Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour Européene des droits de l'homme*, tercera edición, Editorial Sirey, 1991, pp. 77-79.

[35] Pradel, ob. cit., p. 488.

[36] En Inglaterra, por ejemplo, cuando se trata de delitos cuya investigación corresponde a la Policía, son los particulares quienes impulsan y llevan a cabo la labor de acusación del procesado. Véase Mireille Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, Presses Universitaires de Frances, 1995, pp. 161 y ss.

En los sistemas con énfasis en el principio de oportunidad, donde el Ministerio Público tiene mayor discrecionalidad para decidir si inicia o no la acción penal,[37] las víctimas y los perjudicados pueden actuar directamente ante el ente acusador en el impulso de la acción penal, en los casos expresamente señalados por la ley. En principio dentro de las razones para no iniciar la acción penal se encuentra la ausencia de víctimas o perjudicados, la extrema juventud o vejez del delincuente, la poca importancia de la infracción, la falta de interés público, la existencia de un acuerdo previo de reparación entre la víctima y el delincuente, o la aceptación del delincuente de un tratamiento previo, como ocurre en los Estados Unidos.[38] Por ejemplo, en el caso inglés, la víctima puede impulsar mediante una especie de acción privada el proceso penal en los casos de los delitos cuya investigación corresponda a la Policía. En otros sistemas, como el belga,[39] son los jueces quienes, a solicitud de la víctima o el perjudicado, ejercen un control de legalidad sobre la decisión del Ministerio Público de no iniciar la acción penal.

En los sistemas con énfasis en el principio de legalidad, el Ministerio Público está obligado a iniciar la acción penal en todos los casos. Ese es el caso de Alemania, España e Italia. En principio, la única razón por la cual no se inicia la acción penal es porque no existen elementos de prueba suficientes para determinar la ocurrencia del

---

37 Este sistema existe en Países Bajos, en Francia, en Bélgica, en Luxemburgo, en Inglaterra y Escocia, en Dinamarca, en Noruega, en gran parte de los países africanos, en Estados Unidos y en Canadá. Véase Jean Pradel, *Droit Pénal Comparé*, editorial Dalloz, 1995, p. 485, en donde cita los artículos 40 del Código de Procedimiento Penal de 1959 y el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal de Países Bajos, como ejemplos de países donde se ha consagrado expresamente el principio de oportunidad.

38 Pradel, ob. cit., pp. 485, 486 y 491.

39 En Bélgica, para impedir que la inacción del Ministerio Público conduzca a la impunidad, se permite que toda persona que se considere lesionada por un delito presente una demanda para constituirse en parte civil ante el juez de instrucción, y éste es quien decide si se inicia o no la acción penal. Pradel, ob. cit., pp. 532 a 535 y Delmas-Marty, ob. cit., p. 181.

hecho punible o la posible responsabilidad de los implicados.[40] No obstante, con el fin de hacer menos rígido este sistema se han consagrado varias excepciones. Por ejemplo, en Alemania, la víctima o los perjudicados pueden impulsar la investigación y el proceso penal en el caso de delitos querellables, de delitos que afecten la intimidad de las personas y de ciertos delitos de gravedad menor.[41] Cuando se trata de delitos más graves, la víctima o los perjudicados pueden apelar la decisión de no iniciar la acción penal ante el Procurador General y si éste se niega a iniciarla, pueden acudir incluso hasta la Corte de Apelaciones para obligar al Ministerio Público a ejercer la acción penal.

En cuanto a la finalidad de la intervención de las víctimas y perjudicados dentro del proceso penal, en un principio esa intervención sólo estaba orientada a la reparación de perjuicios materiales. No obstante, esa posibilidad ha evolucionado hacia una protección más integral de los derechos de la víctima y hoy se reconoce que también tienen un interés en la verdad y la justicia. Así ha sucedido en el sistema francés, donde se permite que quien ha sufrido un daño personal y directo, se constituya en parte civil, aun cuando tal intervención no está subordinada a la presentación de una demanda de daños. El ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción penal en Francia tiene un doble propósito: 1) obtener un juicio sobre la responsabilidad de la persona y 2) obtener la reparación del perjuicio sufrido. Estos derechos de la víctima han ido ampliándose desde 1906,[42] cuando la Corte de Casación admitió que la víctima de un delito pudiera acudir directamente ante el juez de instrucción para iniciar el proceso penal ante la inacción del Ministerio Público. Esa jurisprudencia fue recogida luego por el Código de Procedimiento Penal y ha evolucionado hasta reconocer que el proceso penal debe

---

40 Pradel, ob. cit., p. 49.

41 William T. Pizzi, "Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems" 32, *Stanford Journal of International Law*, 37, Winter, 1996. Véase también Delmas-Marty, ob. cit., pp. 76-77 y 89.

42 Caso Laurent-Atthalin, 8 de diciembre de 1906, citado por Pradel, ob. cit., p. 533.

garantizar a las víctimas el derecho a la verdad,[43] tal como ocurrió recientemente, cuando el fiscal decidió continuar con una investigación criminal para el establecimiento de la verdad de los hechos a favor de las víctimas, en un caso en que el asesino se había suicidado después de disparar y matar a varios miembros de un consejo regional. La búsqueda de la verdad fue la razón que permitió impulsar el proceso penal, a pesar de que el responsable directo había muerto.[44]

El ámbito de protección de los derechos de las víctimas dentro del proceso también se ha ido ampliando. En un principio se entendió que tal protección se refería exclusivamente a la garantía de su integridad física y en consecuencia se adoptaron mecanismos para proteger su identidad y seguridad personal y familiar; posteriormente, esa protección se ha extendido para asegurar el restablecimiento integral de sus derechos y, por ello, se le han reconocido ciertos derechos dentro del proceso penal: el derecho a ser notificadas de las decisiones que puedan afectar sus derechos, a estar presente en determinadas actuaciones y a controvertir decisiones que resulten contrarias a sus intereses en la verdad, la justicia o la indemnización económica.[45] La mayor parte de sistemas reconocen a la parte civil el derecho a aportar pruebas dentro del proceso, el derecho a ser oída dentro del juicio y a ser notificada de actuaciones que puedan afectarla, el derecho a que se adopte una resolución final dentro de un término prudencial, el derecho a que se proteja su seguridad, el derecho a una indemnización material, pero también a conocer la verdad de lo sucedido.[46]

---

43 Richard S. Frase, "Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?", 78 *Cal. L. Rev*. 542, 669 (1990). Delmas-Marty, ob. cit., pp. 243, 246 y 251.

44 *Le Monde*, abril 9 de 2002 (el proceso contra Richard Durn, el llamado "asesino de Nanterre").

45 Delmas-Marty, op. cit.

46 En Latinoamérica, esta tendencia también ha sido recogida. La mayor parte de los Estados han reconocido tradicionalmente el derecho de la víctima a constituirse en parte civil dentro del proceso penal, y evoluciones recientes

En los Estados Unidos, desde 1982, varias constituciones estatales han reconocido a las víctimas cuatro derechos básicos: i) el derecho a ser tratadas con justicia, dignidad y respeto; ii) el derecho a que se las mantenga informadas del avance de la investigación y del proceso permanentemente; iii) el derecho a ser informadas [a cerca de] cuándo se llevarán a cabo las distintas audiencias del proceso; y iv) el derecho a escuchar ciertos asuntos dentro del proceso que sean relevantes para el testimonio que van a presentar.[47] Esta tendencia llevó a que en 1996, finalmente, se presentara una enmienda a la

---

en el derecho procesal penal de la región muestran una tendencia hacia una conceptualización amplia de los derechos de la víctima y a reconocer la búsqueda de la verdad como una finalidad primordial del proceso penal. Así por ejemplo, en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela de 2001, las víctimas de un delito obtuvieron no sólo el reconocimiento y la legitimación procesal para actuar como partes en el proceso penal, sino que además se les garantizó el derecho a ser informadas de los resultados del proceso, aun cuando no hubieren intervenido en él, a formular una acusación propia contra el imputado y a ser oídas por el tribunal antes de la decisión de sobreseimiento (Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 117, reconoce los siguientes derechos a las víctimas: "Artículo 117. Derechos de la víctima). En México, la Constitución consagra expresamente los derechos de la víctima de un delito a acceder a la justicia, por lo cual se reconocen sus derechos a recibir asesoría jurídica, a ser informada de sus derechos, a participar junto con el Ministerio Público en la investigación y en el juicio penal mediante la solicitud y aporte de pruebas, a ser informada del desarrollo del proceso y a que se le repare el daño causado con la conducta (Constitución Política de los Estados Mexicanos, articulo 20). En Argentina (artículos 79 y 80, Código de Procedimiento Penal) y en Chile (artículo 109 del Códigode Procedimiento Penal) desarrollan el derecho de acceso a la justicia a favor de la víctima de un hecho punible, garantizándole su derecho a participar en el proceso penal, a ser informada del desarrollo del proceso, a solicitar protección para su vida y asesoría legal y psicológica, a presentar pruebas y controvertir decisiones sobre sobreseimiento temporal o definitivo del proceso penal.

47 El primer estado en adoptar una reforma constitucional para reconocer ciertos derechos a las víctimas fue California, en 1982, aun cuando tenía un alcance limitado al derecho a una restitución económica del condenado. Hoy más de 21 estados han enmendado sus constituciones a fin de proteger los

Constitución de los Estados Unidos dirigida a proteger los derechos de la victima.[48] Los derechos específicos de esta enmienda, aún no aprobada, y de las constituciones estatales, no se limitan a proteger el interés en la reparación del daño, sino que comprenden actuaciones relativas al interés en el esclarecimiento de los hechos en aras de la verdad, como al interés en el derecho a que la víctima sea escuchada cuando se negocie la condena o se delibere sobre una medida de libertad condicional.

En cuanto a los mecanismos diseñados para garantizar una reparación a la víctima y perjudicados, aun en materia de indemnización económica la tendencia ha sido hacia una reparación integral. Muchos sistemas jurídicos han creado fondos especiales para indemnizar a las víctimas y perjudicados tanto por el daño emergente como por el lucro cesante causados por el hecho punible, en aquellos eventos en los que el condenado no tiene medios económicos suficientes para pagar a la víctima.[49]

De lo anterior surge que en los distintos sistemas jurídicos de tradición liberal se reconoce que las víctimas y perjudicados tienen un interés para intervenir en el proceso penal, el cual no se reduce a la

---

derechos de las víctimas. Ver Chief Justice Richard Barajas and Scott Alexander Nelson, "The Proposed Crime Victims' Federal Constitutional Amendment: Working Toward a Proper Balance", 49 *Baylor Law Review*, Winter, 1, 1997.

48 El texto de la enmienda constitucional presentada en 1996 reconocía, entre otros, los siguientes derechos a las víctimas de delitos: a ser tratadas con justicia, respeto y dignidad; a ser informadas oportunamente y a estar en las diligencias donde el acusado tenga el derecho a estar presente; a ser escuchadas en toda diligencia relativa a la detención y liberación del acusado, a la negociación de la condena, a la sentencia y libertad condicional; a que se adopten medidas razonables de protección a favor de la víctima durante el juicio y posteriormente, cuando la liberación o fuga del condenado pueda poner en peligro su seguridad; a un juicio rápido y una resolución definitiva del caso sin dilaciones indebidas; a recibir una pronta e integral reparación del condenado; a que no se difunda información confidencial.

49 Esto ha ocurrido en Estados Unidos, en Inglaterra y en Canadá. Véase Pradel, ob. cit., pp. 532 y ss.

búsqueda de una reparación material. Igualmente, se observa que, la participación de la víctima y de los perjudicados en el proceso penal, no lo ha transformado en un mecanismo de retaliación contra el procesado, ni ha colocado en el mismo plano el interés económico de quien resulte perjudicado y la libertad de quien está siendo procesado, pues ante la ocurrencia de un hecho punible son también ponderados todos los derechos que han sido vulnerados con la conducta punible lesiva de los bienes jurídicos por ella tutelados.

Además, la participación de la parte civil dentro del proceso penal no ha implicado, como se podría temer dentro de la tradición liberal, una privatización de la acción penal. Como en las democracias no existe una confianza absoluta en el poder sancionador del Estado, en el derecho penal también se han desarrollado mecanismos para corregir la inacción o la arbitrariedad en el ejercicio del *ius punendi* y, en determinados casos, se ha permitido que la víctima y los perjudicados impulsen el proceso penal, como se anotó anteriormente.

4.4. Conclusión

De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algu-

nos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.[50]
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.[51]

Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo –porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público– pero no se ha establecido la verdad de los he-

---

[50] Véanse entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988, y Barrios Altos (fundamento 43), sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados Partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

[51] Casi todos los sistemas jurídicos reconocen el derecho de las víctimas de un delito a algún tipo de reparación económica, en particular cuando se trata de delitos violentos. Esa reparación puede ser solicitada bien dentro del mismo proceso penal (principalmente en los sistemas romano germánicos) o bien a través de la jurisdicción civil (generalmente en los sistemas del *common law*). Véase Pradel, ob. cit., pp. 532 y ss.

chos ni se ha determinado quién es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.

No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil –aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad– ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que haya un daño real, *no necesariamente de contenido patrimonial*, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso.[52] Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituir-

---

[52] Esta posibilidad no resulta del todo extraña en nuestro sistema penal, como quiera que el legislador penal previó, por ejemplo, para los eventos de lesiones a bienes jurídicos colectivos la constitución de un actor civil popular. La acción civil popular dentro del proceso penal está prevista en el artículo 45 de la Ley 600 de 2000, que dice: Artículo 45. Titulares. "La acción civil individual *o popular para el resarcimiento de los daños* y perjuicios individuales y *colectivos causados por la conducta punible*, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquéllas, por el Ministerio Público *o por el actor popular cuando se trate de una lesión directa a bienes jurídicos colectivos*. En este último evento, sólo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya. El actor popular gozará del beneficio del amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil. Si el titular de la acción indemnizatoria no tuviere la libre administración de sus bienes y optare por ejercerla en el proceso penal, se constituirá en parte civil mediante demanda presentada por su representante legal" (énfasis agregado). Esta acción ha sido empleada por ONG en casos de lucha contra la corrupción. Véase Estudios Ocasionales CIJUS, "Acceso a la justicia y defensa del interés ciudadano en relación con el patrimonio público y la moral administrativa", Bogotá, Ediciones Uniandes, marzo, 2001.

se en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando éste existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial.

La determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

Habiendo clarificado los derechos constitucionales de la víctima dentro del proceso penal, pasa la Corte a analizar si la forma como el legislador ha regulado la intervención de la parte civil dentro del proceso penal en el artículo 137, resulta conforme a la Carta y garantiza la efectividad de los derechos al resarcimiento, a la verdad y a la justicia. [...]

6.3. La reconceptualización de la parte civil y sus implicaciones dentro del proceso penal. Cambio de la jurisprudencia de la Corte en materia de parte civil

La visión de la parte civil interesada exclusivamente en la búsqueda de una reparación económica dentro del proceso penal, fue recogida por esta Corte en la sentencia C-293 de 1995.[53] A pesar de que esta sentencia fue objeto de cuatro salvamentos de voto en el

---

[53] Corte Constitucional, sentencia C-293/95, M. P. Carlos Gaviria Díaz. En este caso se demandó la expresión "a partir del auto de auto de apertura de instrucción" contenido en el artículo 45 del Decreto 2700 de 1991, que regulaba la constitución de la parte civil dentro del proceso penal. La posición mayori-

sentido de acoger una concepción constitucional amplia del ámbito de la parte civil, la doctrina allí sentada fue reiterada por las sentencias C-475 de 1997,[54] SU-717 de 1998,[55] C-163 de 2000[56] y C-1711

---

taria sostuvo que la parte civil al acudir al proceso penal únicamente buscaba obtener la reparación del daño que le ha sido ocasionado por el delito y por lo tanto se justificaba un tratamiento diferenciado entre el procesado y la parte civil. En el salvamento de voto a dicha sentencia cuatro magistrados sostuvieron que los principios constitucionales contenidos en la Carta mostraban que la parte civil tenía interés tanto en la indemnización, como en la búsqueda de la justicia y la verdad.

54 Corte Constitucional, sentencia C-475/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este fallo la Corte examinó si las restricciones que imponían varias normas del Código de Procedimiento Penal, para que las personas investigadas pudieran acceder a las diligencias preliminares y ejercer plenamente el derecho de defensa, resultaban desproporcionadas, ya que tal exigencia no se le hacía a las víctimas o perjudicados que denunciaban el ilícito. Aunque la cuestión aquí no versaba sobre los derechos de la parte civil, sino del investigado, la Corte reiteró la constitucionalidad del tratamiento diferenciado entre parte civil e investigado y el interés puramente patrimonial que justificaba las actuaciones de la parte civil.

55 Corte Constitucional, SU-717/98, M. P. Carlos Gaviria Díaz, donde la Corte encontró improcedente la acción de tutela para controvertir una decisión en la que el denunciante (una organización no gubernamental) fue excluido como parte civil popular en un proceso penal por un delito contra la administración pública. La Corte denegó la tutela porque consideró que la organización no gubernamental no tenía interés para actuar como quiera que no existía un perjuicio material y además porque el interés colectivo que afirmaba defender estaba representado por el Ministerio Público. En este fallo, el magistrado Eduardo Cifuentes salvó el voto, por considerar que la visión de actor civil popular interesado únicamente en una indemnización material era contraria a la Carta. A su juicio, "si al actor civil popular se le exige que su interés para participar dentro del proceso penal sea exclusivamente pecuniario, se desconoce la razón de ser de este sujeto procesal, para el que no es indiferente la búsqueda de la verdad, el restablecimiento del derecho y la reivindicación de los bienes e intereses públicos".

56 Corte Constitucional, C-163/00, M. P. Fabio Morón Díaz, donde se cuestionaba la constitucionalidad de varias normas del Código de Procedimiento Penal que impedían que los ofendidos, que hubieren iniciado procesos civi-

de 2000,[57] entre otras. Ello muestra que se trata de un precedente influyente y respetado que merece un cuidadoso análisis y que contiene una interpretación plausible que no puede ser descalificada.

De conformidad con la sentencia C-293 de 1995, el interés de la parte civil en el proceso penal era esencialmente económico: obtener una indemnización que reparase el daño causado con el delito. Por esa razón se justificaba restringir el ámbito de su participación en una etapa donde aún no había formalmente proceso penal, tal como la investigación previa. Para la Corte, ello era necesario y deseable a fin de impedir que los "ánimos retaliatorios" de la víctima pudieran llegar a interferir en la investigación y en la definición de la procedencia de la acción penal, lo cual sería contrario a la tradición liberal donde el Estado tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal.

Es importante subrayar que la C-293 de 1995 definió los derechos de la parte civil a la luz de la legislación vigente, no a partir del texto de la Constitución.[58] De tal manera que la premisa de la cual

---

les o administrativos para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por un delito y no hubieran logrado una reparación integral, pudieran acudir al proceso penal para constituirse en parte civil para obtener los perjuicios no decretados en las otras jurisdicciones. La Corte, luego de reiterar la jurisprudencia sobre parte civil sentada en la sentencia C-293/95, declaró la constitucionalidad de las normas cuestionadas por considerar que permitir que quien intentó la reclamación de perjuicios por fuera del proceso penal se constituyera en parte civil violaría el principio de *non bis ibídem*, pues ambas acciones tienen la misma finalidad.

57 Corte Constitucional, C-1711/00, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En esta ocasión, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, que regulaba el acceso a diligencias reservadas al defensor del imputado que hubiera rendido versión preliminar, pero negaba tal derecho a la víctima o perjudicado por la conducta punible. La Corte reiteró el interés patrimonial que justifica la intervención de la parte civil en el proceso penal y, por ende, la constitucionalidad del tratamiento diferenciado entre la parte civil y el procesado durante la investigación previa.

58 En la C-293/95, la Corte afirma: "Al respecto debe la Corte observar que la citada norma hace parte de un capítulo (el II del libro I del Código de Procedimiento Penal) que se ocupa de la acción civil, y que fija los alcances de ésta en

partió la Corte fue que el legislador podía, con gran amplitud, definir los derechos de la parte civil y que, dada la definición entonces vigente restringida a la acción indemnizatoria, los cargos presentados por el demandante debían ser rechazados. Además, la Corte reconoció expresamente que el legislador podía variar la definición y los alcances de la institución de la parte civil.[59]

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte,[60] para que un cambio jurisprudencial no se considere arbitrario, éste debe obedecer a razones poderosas que lleven no sólo a modificar la solución al problema jurídico concreto sino que prevalezcan sobre las consideraciones relativas al derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica que invitarían a seguir el precedente.[61] Dentro de tales razo-

---

el artículo 43 […] De ese modo, fuera de toda duda, está precisando el legislador qué es lo que con la citada institución se persigue. […] Con la expresión subrayada quiere la Sala destacar que se trata de un mecanismo diseñado con fines esencialmente patrimoniales, pues nada distinto puede buscar una acción indemnizatoria."

59 En la C-293/95, la Corte dijo lo siguiente: "Se trata entonces de proponer una acción distinta a la acción civil dentro del proceso penal, cuya plausibilidad puede discutirse, pero cuya inexistencia no torna inexequible a la que sí existe con sus finalidades muy claramente determinadas y sin conflicto alguno con la Constitución [...] Y no se insista en que la víctima o sus herederos pueden pretender es el esclarecimiento de la verdad, al margen de los valores patrimoniales, porque, tal como más atrás quedó dicho, la acción civil tiene en nuestra legislación una finalidad pecuniaria (desde luego legítima), y la ausencia de normas que apunten a intereses más altos no hace inexequibles las reglas que la consagran".

60 Corte Constitucional, sentencia C-194/95, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Aclaración de Voto de Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa. En la aclaración de voto los magistrados firmantes señalan que para justificar un cambio jurisprudencial (*overruling*) "es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho."

nes la Corte encuentra que, en este caso, las más pertinentes aluden a los siguientes puntos:

i. Un cambio en el ordenamiento jurídico que sirvió de referente normativo para la decisión anterior, lo cual también incluye la consideración de normas adicionales a aquellas tenidas en cuenta inicialmente.
ii. Un cambio en la concepción del referente normativo debido, no a la mutación de la opinión de los jueces competentes, sino a la evolución en las corrientes de pensamiento sobre materias relevantes para analizar el problema jurídico planteado.
iii. La necesidad de unificar precedentes, por coexistir, antes del presente fallo, dos o más líneas jurisprudenciales encontradas.
iv. La constatación de que el precedente se funda en una doctrina respecto de la cual hubo una gran controversia.[62]

---

[61] Corte Constitucional, sentencia C-836/01, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto de Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, así como salvamentos de voto de Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. En este fallo, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1.896, que regula la figura de la doctrina probable. Luego de analizar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como juez de casación, esta Corporación señaló tres razones que justificaban un cambio de jurisprudencia: 1) cuando había un cambio en la legislación y era necesario modificar la jurisprudencia para no contrariar la voluntad del legislador; 2) cuando se había producido un cambio sustancial en la situación social, política o económica de tal forma que la ponderación e interpretación del ordenamiento, tal como lo venía haciendo la Corte Suprema de Justicia, no resultara ya adecuado para responder a las exigencias sociales; y 3) cuando ese cambio fuera necesario para unificar y precisar la jurisprudencia sobre un determinado tema.

[62] Robert Alexy, "Precedent in the Federal Republic of Germany" en *Interpreting Precedents*, MacComick D. N. & Summers R. S. (eds.), Editorial Darmouth, 1997, pp. 52 a 59.

Estos cuatro tipos de razones de peso justifican, en este caso, la modificación de la doctrina según la cual la víctima o perjudicado por un delito, sólo está interesada en la reparación económica del daño que se le ha ocasionado.

En primer lugar, es necesario considerar un referente normativo más amplio que el tenido en cuenta inicialmente en la sentencia C-293 de 1995, en donde la Corte se refirió al valor de la dignidad humana, a la participación, al acceso a la justicia, al monopolio estatal de la acción penal y a la libertad del procesado, como los fundamentos para restringir los intereses de la parte civil dentro del proceso penal a lo puramente económico. El referente normativo considerado en la sentencia C-293 de 1995, no incluyó las disposiciones específicas sobre las víctimas, como las normas relativas a la obligación del fiscal general de proteger a las víctimas y la de adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de sus derechos (art. 250, numerales 1 y 4, CP). Además, tal como se señaló en el aparte 4.1. de esta sentencia, el artículo 2 de la Constitución y disposiciones concordantes establecen el deber constitucional de las autoridades judiciales de garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas dentro de las cuales están comprendidas las víctimas y perjudicados. Son'éstos otros referentes normativos que en la presente sentencia adquieren plena relevancia. De tales fundamentos, así como de otros principios también subrayados en el apartado 4.1. de esta providencia, se deriva que una protección efectiva de los derechos de la víctima requiere que se garantice su acceso a la administración de justicia para buscar la verdad, la justicia y la reparación.

En segundo lugar, ha habido un cambio en la concepción del referente normativo, en particular en el derecho internacional de los derechos humanos. Para 1995, fecha en que se produjo la mencionada sentencia, aún no se había cristalizado la tendencia del derecho internacional –en especial en el derecho de los derechos humanos del sistema interamericano– hacia una protección amplia de los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. En el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de

violaciones de derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Como quiera que según el artículo 93 constitucional, "los derechos deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es necesario que la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea valorada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A ello se suman los factores internacionales mencionados en el apartado 4.2. de esta providencia que reflejan una concepción amplia de los derechos de las víctimas y los perjudicados.

Si bien los cambios en la concepción de los derechos de las víctimas y los perjudicados se refieren a graves violaciones de los derechos humanos, la tendencia en las legislaciones internas no se limita a dicha protección mínima sino que comprende también delitos de menor gravedad. Igualmente, el legislador colombiano dispone de un margen de apreciación para modular el alcance de los derechos de la parte civil según diferentes criterios –dentro de los cuales se destacan, de un lado, la gravedad del delito y, del otro, la situación del procesado que puede llegar a ser de una significativa vulnerabilidad– siempre que no reduzca tales derechos a la mera reparación pecuniaria.

En tercer lugar, es necesario unificar los precedentes en materia de parte civil, como quiera que existen diferencias sustanciales en el tratamiento que recibe la parte civil dentro del proceso penal militar y la que recibe en la jurisdicción penal ordinaria.[63] Tres son los precedentes constitucionales directamente relevantes que la Corte ha sentado en el campo de la justicia penal militar.

---

[63] Además de los precedentes en materia de justicia penal militar y antes de la sentencia C-293 de 1995, en algunas sentencias, la Corte reconoció de manera más amplia los derechos de las víctimas y perjudicados a la verdad. Véanse entre otras, las sentencias T-275/94, M. P. Alejandro Martínez Caballero, donde se reconoció que las víctimas y perjudicados por un delito tienen un derecho no sólo a obtener una indemnización económica por el daño ocasionado por el delito, sino también un derecho a conocer, dentro de límites razonables, la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los responsables del hecho puni-

En el primero de ellos, la sentencia C-740 de 2001,[64] la Corte condicionó la constitucionalidad de una disposición que regulaba el traslado para alegar a determinados sujetos procesales dentro del procedimiento especial regulado por el artículo 579 del Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, y en la cual no se incluía de manera expresa a la parte civil. Dijo entonces la Corte:

> No debe olvidarse en efecto que dentro del procedimiento penal militar, el resarcimiento de perjuicios se reconoce claramente como un derecho de las personas afectadas por el hecho punible, pero que deberá obtenerse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. […]
>
> Es decir que dentro del proceso penal militar la actuación de la parte civil se establece de manera precisa, *limitando su actuación al impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos y que el tema del resarcimiento de perjuicios se concentra en la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo,* excluyendo expresamente la competencia de la justicia penal militar en este campo. […]
>
> De la lectura de este artículo se desprende para la Corte que en el caso que la parte civil se haya constituido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 305 a 310 de la Ley 522 de 1999, podrá solicitar pruebas, así como impugnar la providencia que las decrete, pues ha de entenderse que el inciso segundo del artículo 579, trascrito, al señalar que se

---

ble; T-443/94, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, donde se tuteló el derecho a participar en el proceso penal de una madre que quería determinar si su hijo se había suicidado o no.

64 Corte Constitucional, sentencia C-740/01, M. P. Álvaro Tafur Galvis. La Corte declaró la constitucionalidad condicionada del inciso final del artículo 579 de la Ley 522 de 1999, que establecía a quien se debía dar traslado para alegar una vez vencido el término probatorio establecido para el procedimiento especial regulado por dicho artículo. La Corte resolvió lo siguiente: "Declarar Exequible el inciso final del artículo 579 de la Ley 522 de 1999, en el entendido que deberá darse traslado para alegar a la parte civil, en caso de que ésta se hubiere constituido en el respectivo proceso".

> trasladará a las partes para que soliciten pruebas incluye a la parte civil, si ésta se ha constituido dentro del proceso (énfasis agregado).

El segundo precedente de esta concepción constitucional de los derechos de la víctima dentro del proceso penal militar, se encuentra en la sentencia C-1149 de 2001,[65] donde esta Corte señaló que los de la parte civil no se limitaban exclusivamente a la búsqueda de una reparación económica. La Corte abordó el estudio de los artículos 107 y 321 del Código de Procedimiento Penal Militar, que regulan la titularidad de la acción indemnizatoria y los fines de la constitución de la parte civil dentro del proceso penal militar. Dijo entonces lo siguiente:

> El fin de la administración de justicia es hacer efectivos los derechos materiales de las personas y los procedimientos tienen que servir para hacer efectivos en este caso, los derechos de las víctimas y perjudicados con el hecho punible no sólo a la reparación del daño, sino también, a conocer la realidad de los hechos mediante la investigación

---

[65] Corte Constitucional, sentencia C-1149/01, M. P. Jaime Araújo Rentería, donde la Corte examina los derechos de la parte civil dentro del proceso penal militar y concluyó: "El artículo 107 del Código Penal Militar, lejos de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, despoja a las víctimas y perjudicados con los ilícitos contemplados en dicho Código, del derecho que les asiste a obtener dentro del mismo proceso penal una decisión judicial de índole resarcitoria, como lo expresa igualmente el Ministerio Público, colocándolos por demás en situación gravosa al tener que iniciar otro proceso incluso más costoso y poco o nada célere para obtener el restablecimiento de sus derechos y la consiguiente indemnización de los perjuicios. Mediante los artículos 107 y 108 ibídem, tampoco se cumple con la finalidad del Estado y las autoridades de garantizar y proteger los derechos de las víctimas y perjudicados con la ilicitud, como tampoco con lo convenido en el artículo 14 del PIDCP." En consecuencia, resolvió: "Tercero. Declarar *exequible* el artículo 305 de la Ley 522 de 1999 bajo el entendido de que puede buscar otros fines como la justicia, el efectivo acceso a ella y la reparación del daño, salvo la *'exclusivo el impulso procesal para',* que se declara *inexequible*".

> respectiva a través del proceso penal y a que se haga justicia sancionando a los infractores. [...]
>
> El derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal a acudir al proceso penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del respectivo proceso, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia, y c) Derecho a la reparación del daño.

Y, finalmente, el tercer precedente se encuentra en la sentencia SU-1184 de 2001,[66] donde la Corte estudió una demanda de tutela interpuesta por la parte civil contra la decisión la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que dejó en manos de la justicia penal militar el juzgamiento de un general por los hechos ocurridos en Mapiripán. Señaló la Corte lo siguiente:

> [...] las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales.
>
> En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural– se predican de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada

---

[66] Sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades. Así, la Corte estima que le asiste a la parte civil un interés –derecho– legítimo en que el proceso se tramite ante el juez natural.

Estas diferencias entre la doctrina sobre los derechos de la parte civil en la jurisdicción penal ordinaria, que restringía sus derechos a la búsqueda de una reparación económica, y la jurisprudencia reciente dentro del proceso penal militar, que reconoce también sus derechos a la verdad y a la justicia, hacen necesario que la Corte unifique su jurisprudencia en esta materia para promover el derecho a la igualdad.

Una cuarta razón justifica que se cambie la doctrina fijada en la sentencia C-293 de 1995. En dicha sentencia la opinión de la Corte estaba fuertemente dividida. La presente modificación no vulnera la confianza legítima –que justifica mantener un precedente–, como quiera que una posición dividida como la plasmada en la sentencia C-293/95, no tiene una vocación clara de permanencia ni puede generar la misma expectativa de estabilidad que cuando un fallo es unánime.

A lo anterior se suma que la Corte se pronuncia ahora dentro de un contexto de tránsito legislativo en materia de procedimiento penal, puesto que han sido expedidas dos reformas integrales que se han traducido en un nuevo código de procedimiento penal y, además, en un nuevo código de procedimiento penal militar. En efecto, la expedición de los nuevos códigos penal (Ley 599 de 2000), de procedimiento penal (Ley 600 de 2000) y penal militar (Ley 522 de 1999), iniciaron una etapa de transición en el régimen penal. Ello conduce a que la confianza en la reiteración de la doctrina sentada por la Corte habida cuenta de la legislación vigente en 1995, no puede ser considerada fincada en la estabilidad del régimen vigente, dado que el cambio legislativo fue de tal magnitud que se materializó en la expedición de nuevos códigos de procedimiento penal

enmarcados por una política criminal orientada, en parte, hacia la protección de los derechos humanos.

Las razones señaladas permiten afirmar que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, pueden intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se les pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza. Así, la parte civil es un sujeto procesal en sentido pleno.

Esta concepción de la parte civil tiene trascendencia en la definición y alcances de la participación de la víctima o los perjudicados tanto durante la investigación preliminar como dentro del proceso penal. Por ejemplo, si sus derechos no están limitados a la búsqueda de una reparación económica, la solicitud y presentación de documentos e información relevante también podrá estar orientada a contribuir al esclarecimiento de la verdad y a reducir el riesgo de impunidad y no sólo a demostrar la existencia de un perjuicio ni a cuantificar el daño material. Esta concepción también tiene implicaciones tanto en materia de los recursos que puede interponer contra decisiones que puedan afectar sus derechos a la verdad y a la justicia, como respecto [a] la necesidad de que las providencias que puedan menoscabar sus derechos sean conocidas oportunamente por la parte civil para que pueda controvertirlas. Por ende, está legitimada, por ejemplo, para impugnar decisiones que conduzcan a la impunidad o no realicen la justicia. Sin embargo, no le corresponde a la Corte en este proceso pronunciarse sobre todas las consecuencias de la concepción constitucional de la parte civil, puesto que la Corte debe limitarse a estudiar los cargos presentados por el demandante contra las normas por él cuestionadas y las disposiciones tan estrechamente ligadas a ella que integran una unidad normativa.

Pasa, entonces, la Corte a examinar si a la luz de esa concepción constitucional amplia de los derechos de la víctima y los perjudicados por un hecho punible, la disposición cuestionada, junto con las

normas que conforman la unidad normativa bajo estudio, son constitucionales.

6.4. El ámbito de actuación de la parte civil dentro del proceso penal, a la luz de la concepción constitucional amplia de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación económica

Según el demandante, el legislador, en aras de proteger la reserva sumarial, restringió inconstitucionalmente la posibilidad de intervención de la parte civil antes de la apertura de la instrucción y limitó su acceso al expediente al exigir que lo haga a través del derecho de petición. Los artículos 30 y 47 de la Ley 600 de 2000, que definen el ámbito de actuación de la parte civil dentro del proceso penal dicen lo siguiente:

> Artículo 30. Acceso al expediente y aporte de pruebas y aporte de pruebas por el perjudicado. La víctima o el perjudicado, según el caso, podrán ejercer el derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, pudiendo aportar pruebas.
>
> El funcionario deberá responder dentro de los 10 días siguientes.
>
> Artículo 47. Oportunidad para la constitución de parte civil. La constitución de parte civil, como actor individual o popular, podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción.[67]

El artículo 47 de la Ley 600 de 2000, establece la oportunidad para constituirse en parte civil dentro del proceso penal. Antes de

---

[67] La expresión "y hasta antes de que se profiera sentencia de única o de segunda instancia", que hacía parte del artículo 47 de la Ley 600 de 2000, fue declarada inexequible por la sentencia C-760/01, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa.

esta limitación temporal, las víctimas y perjudicados no pueden intervenir. Por su parte, el artículo 30 de la Ley 600 de 2000, limita el acceso a la justicia de la víctima o del perjudicado condicionándolo a la presentación de un derecho de petición ante la autoridad judicial. En este caso estamos ante un límite de modo para el acceso al expediente.

Se ha justificado la reserva durante la etapa de investigación previa por el interés de proteger la información que se recoja durante esta etapa. Sin embargo, dado que la investigación previa tiene como finalidad determinar si el hecho punible ha ocurrido o no, si la conducta es típica o no, si la acción penal no ha prescrito aún, si se requiere querella para iniciar la acción penal, si el querellante está legitimado o no para iniciar la acción, si existe o no alguna causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad (art. 322, Ley 600 de 2000), no permitirle a la parte civil actuar durante esta etapa o exigir que el acceso al expediente sólo pueda hacerlo mediante un derecho de petición, puede llevar a conculcar definitivamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Tales limitaciones, por lo tanto, constituyen una afectación grave del derecho de acceso a la justicia que tiene la víctima de un hecho punible.

Si bien es cierto que la verdad y la justicia dentro del proceso penal dependen de que la información y las pruebas recogidas durante la etapa de investigación previa estén libres de injerencias extrañas o amenazas, no obstante el interés de protegerlas no puede llegar al punto de conculcar los derechos del procesado[68] o de la parte civil, especialmente, cuando existen mecanismos a través de los cuales se puede proteger la integridad del expediente y de la información recogida de posibles intentos por difundirla o destruirla, tales como el establecimiento de sanciones penales, o de otro

---

[68] Corte Constitucional, SU-620 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell. La Corte tuteló los derechos al debido proceso y al derecho de defensa de los posibles autores o partícipes de un hecho ilícito dentro del proceso fiscal a quienes se les prohibía acceder al sumario por cuando esa etapa estaba reservada.

tipo, a quienes violen la reserva del sumario, o destruyan pruebas, sin menoscabar los derechos de los intervinientes dentro del proceso penal.

Además, ya que los derechos de la parte civil no están fundados exclusivamente en un interés patrimonial, sus derechos a la verdad y a la justicia justifican plenamente que la parte civil pueda intervenir en la etapa de investigación previa. En efecto, respecto de la búsqueda de la verdad, la Corte ya ha admitido esta posibilidad en la sentencia T-443 de 1994, donde afirmó lo siguiente:

> La pretensión de conocer o saber la verdad sobre los hechos trascendentales de la existencia –nacimiento y muerte de los seres humanos– que conciernan directamente a la persona, exhibe una íntima relación con diversos derechos fundamentales (CP, arts. 11, 12, y 16) cuya efectividad depende de que aquélla reciba protección judicial (CP, art. 2). […]
>
> La situación de duda e incertidumbre sobre lo sucedido en el curso de una actividad pública referida a hechos tan trascendentales como el nacimiento o la muerte de un ser querido, afecta directamente el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad personal y la salud de la peticionaria.[69]

En consecuencia, y con el fin de proteger los derechos de la parte civil, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión "a partir

---

[69] Sentencia T-443/94, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente en la sentencia T-275/94, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte sostuvo que "Todo lo anterior muestra que *la participación de familiares y perjudicados en un proceso penal desborda la pretensión puramente reparatoria ya que deriva también de su derecho a conocer qué ha sucedido con sus familiares* [...] Este derecho de los familiares a conocer la suerte de los suyos, sean desaparecidos o fallecidos, no se agota entonces con la percepción visual del cadáver, ni se limita a una escueta información, ni puede quedarse en una conclusión simplista, sino que el *Estado debe facilitar el acercamiento a la verdad permitiéndoles participar en el proceso penal*" (énfasis agregado).

de la resolución de apertura de instrucción" contenida en el artículo 47 de la Ley 600 de 2000, como quiera que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica dependen de que durante esta etapa se le permita a la parte civil intervenir activamente aportando pruebas y cooperando con las autoridades judiciales y conociendo y controvirtiendo las decisiones que se adopten durante esta etapa, en especial la providencia mediante la cual se decide no abrir formalmente la investigación.

Igualmente, condicionará la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley 600 de 2000 sobre acceso al expediente en ejercicio del derecho de petición, en el sentido de que una vez que se haya constituido la parte civil, ésta podrá acceder directamente al expediente desde el inicio de la investigación previa, pero si aún no se ha constituido en parte civil, la víctima o perjudicado deberá acceder al expediente en la forma prevista en el artículo 30, es decir, a través del ejercicio del derecho de petición. […]

Corte Constitucional
Sentencia C-004 de 2003
Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
20 de enero de 2003

VI. Consideraciones y fundamentos [...]

Derechos de las víctimas, deberes investigativos del Estado y *non bis in ídem*: la tensión orden justo y seguridad jurídica, y la libertad del legislador

14. En los últimos dos años, y en gran medida tomando en cuenta la evolución de la normatividad internacional sobre el tema, esta Corte modificó su doctrina sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal.

Así, la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional en derechos humanos ha concluido que los derechos de las víctimas

desbordan el campo indemnizatorio pues incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. Particular importancia tiene en este aspecto la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú), en donde ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de que dicho Estado había aceptado su responsabilidad y había decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

Esta evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas tiene una evidente relevancia constitucional, pues los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Esto significa que, como esta Corte lo ha señalado, el inciso segundo del artículo 93-2 "constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos".[1] En varias oportunidades, esta Corte ha también indicado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales, y por ello la doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas debe ser valorada internamente por las autoridades colombianas en general, y por la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en particular.[2]

15. La Corte Constitucional ha entonces concluido que la Carta de 1991 reconoce a las víctimas y perjudicados por un hecho puni-

---

1 Sentencia T-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento 12.

2 Véanse, entre otras, las sentencias C-10 de 2000, T-1319 de 2001 y C-228 de 2002, fundamento 6.3.

ble unos derechos que desbordan el campo de la reparación económica, pues incluyen también el derecho a la verdad y a que se haga justicia.[3] Esta Corporación ha señalado que las "víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP, art. 93)".[4] Esta Corte ha entonces sintetizado su doctrina en los siguientes términos:

> De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:
>
> 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos (ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos (fundamento 43), sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia).
> 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

---

[3] Sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002.

[4] Sentencia T-1267 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, fundamento 16.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito".[5]

16. La Corte no se ha limitado a formular la anterior doctrina sobre los derechos de las víctimas y perjudicados por hechos punibles sino que, además, dicha doctrina ha constituido la base para que esta Corporación ampare esos derechos de las víctimas, tanto en casos de tutela como en procesos de control constitucional abstracto. Así, la sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, teniendo en cuenta que los derechos de las víctimas incluyen el derecho a la verdad, concedió una tutela interpuesta por la parte civil contra una decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que había atribuido a la justicia militar el conocimiento de delitos de lesa humanidad. Por su parte, la sentencia C-282 de 2002 no sólo condicionó la constitucionalidad de varios artículos del CPP, precisando que la parte civil no sólo tiene derecho al resarcimiento sino también derecho a la verdad y a la justicia, sino que además declaró inexequible el aparte del artículo 47 de ese estatuto procesal, que limitaba el acceso de la parte civil a la investigación previa.

17. No existe pues ninguna duda sobre el reconocimiento e importancia que tienen los derechos de las víctimas en el ordenamiento constitucional colombiano. Y es que en un Estado social de derecho, que consagra como principios medulares la búsqueda de la justicia (CP, preámbulo y art. 2) y el acceso a la justicia (CP, art. 229), "el derecho procesal penal no sólo debe regular y controlar el poder sancionador del Estado en beneficio del acusado –esto es en función de quien padece el proceso– sino que debe también hacer efectivos los derechos de la víctima –esto es de quien ha padecido el delito–", puesto que "la víctima es verdaderamente la encarnación

---

[5] Sentencia C-282 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, fundamento 4.4.

viviente del bien jurídico que busca ser protegido por la política criminal."[6]

Como es obvio, a esos derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos. Por ello, la Corte Interamericana ha señalado, con criterios que esta Corte Constitucional prohíja, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos. Según este alto tribunal internacional, si el aparato del Estado actúa de modo que una conducta lesiva de los derechos humanos *"quede impune* o no se *restablezca,* en cuanto sea posible, *a la víctima en la plenitud de sus derechos,* puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción" (énfasis agregado).[7] Concluye entonces la Corte Interamericana con palabras que son perfectamente válidas en el constitucionalismo colombiano:

> En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o de comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, *debe emprenderse con seriedad y no como*

---

6 Véase salvamento de voto de los magistrados Cifuentes, Martínez, Barrera y Morón a la sentencia C-293 de 1995. Véanse en el mismo sentido las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002, que retoman las tesis sostenidas en ese salvamento.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, fundamento 176.

> *una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa*. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un *deber jurídico propio* y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que *la autoridad pública busque efectivamente la verdad*. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (énfasis agregado).[8]

18. El deber investigativo del Estado de los hechos punibles y los derechos constitucionales de las víctimas, que se encuentra íntimamente ligado al deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (CP, Preámbulo y art. 2°), no son tampoco absolutos, y por ello no pueden ser invocados para arrasar con la seguridad jurídica y los derechos del procesado, que son también principios de rango constitucional (CP, art. 29). Corresponde entonces primariamente al Legislador, en desarrollo de su libertad de configuración en materia penal (CP, arts. 29 y 150), ponderar esos derechos y valores en conflicto, y tomar decisiones políticas que intenten armonizarlos, tanto como sea posible. Y en esa búsqueda de armonización, el legislador cuenta con una cierta libertad. En ocasiones, las mayorías políticas del Congreso pueden optar por privilegiar los derechos de las víctimas y la búsqueda de un orden justo, incluso a riesgo de limitar la seguridad jurídica y ciertos derechos de los procesados. En otras ocasiones, por el contrario, puede la ley privilegiar los derechos del procesado y la seguridad jurídica, incluso a riesgo de limitar ciertos derechos de las víctimas y la búsqueda de la justicia.

Pero como es obvio, esas decisiones legislativas están sujetas a un control constitucional, pues corresponde a esta Corte examinar si esa ponderación adelantada por el legislador, al expedir las normas penales, es proporcionada y respeta el contenido esencial tanto

---

[8] Ibídem, fundamento 177.

de los derechos de las víctimas como de los derechos del procesado. Además, la Corte destaca que la discrecionalidad legislativa en esta materia es bastante limitada, pues el derecho penal es un área fuertemente constitucionalizada, tal y como esta Corporación lo ha destacado en ocasiones anteriores.[9]

19. El examen precedente permite concluir que, dentro de ciertos límites, (i) la ley podría relativizar el *non bis in ídem*, a fin de favorecer los derechos de las víctimas. Pero que igualmente (ii) podría el Legislador optar por reforzar la garantía del *non bis in ídem*, incluso si dicha decisión implica una relativización de los derechos de las víctimas. Es más, un examen de derecho comparado muestra que ciertos países como Estados Unidos optan por el segundo modelo y tienden a consagrar en forma casi absoluta la prohibición de doble enjuiciamiento, mientras que otros ordenamientos jurídicos han relativizado esa garantía del procesado, a fin de favorecer otros bienes y derechos constitucionales. Por ejemplo, en Alemania, la jurisdicción encargada de decidir una acción de revisión puede agravar la pena si la acción fue presentada por el ministerio público.[10]

Ahora bien, en el presente caso, la norma acusada cae bajo la segunda hipótesis, puesto que ese ordinal, al regular la posibilidad de revisión por hechos nuevos o pruebas no conocidas durante el juicio, precisó que esa causal procede para las sentencias condenatorias y exclusivamente para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado. Esto significa que en relación con esa causal, la ley optó por privilegiar la protección de la garantía del *non bis in ídem*. Por consiguiente, no le corresponde a esta Corte examinar una eventual relativización del *non bis in ídem* a favor de los derechos de las víctimas, pues la norma acusada optó por la alternativa contraria; reforzar esa garantía del procesado, incluso a riesgo de afectar derechos de las víctimas. Por consiguiente, la pregunta decisiva en este examen constitucional es si esa restricción a los derechos de las

---

9 Véase, entre otras, la sentencia C-038 de 1995.

10 Sobre la regulación en derecho comparado de la acción de revisión y del *non bis in ídem*, véase Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, París, Dalloz, 1995, pp. 557 y ss.

víctimas, que pretende reforzar la garantía del *non bis in ídem,* es razonable y proporcionada, o si, por el contrario, ella es desproporcionada y termina por discriminar a las víctimas y a los perjudicados por un hecho punible. Entra pues la Corte a examinar ese punto.

Examen de la proporcionalidad de la restricción a los derechos de las víctimas y al deber investigativo del Estado para lograr la vigencia de un orden justo

20. En numerosas oportunidades, esta Corporación ha señalado que el análisis de proporcionalidad de una regulación legislativa tiene distintas intensidades, según los ámbitos de validez de dicha regulación, y según los criterios que utilice el legislador para establecer diferencias de trato entre las personas.[11] Ahora bien, conforme a las pautas desarrolladas por esta Corporación para determinar la intensidad del análisis de proporcionalidad, la Corte concluye que en el presente caso el escrutinio debe ser estricto, pues se trata de una regulación que limita los derechos constitucionales de las víctimas, en un ámbito en donde la libertad del Legislador es limitada. Entra pues esta Corporación a adelantar ese examen de la proporcionalidad de la restricción establecida por la expresión acusada a la procedencia de la acción de revisión.

21. El mandato según el cual la acción de revisión por la aparición de hechos o pruebas nuevas sólo procede para sentencias condenatorias, y únicamente para mejorar la situación del condenado, persigue un propósito constitucional no sólo admisible sino incluso ineludible, pues pretende proteger la seguridad jurídica y la cosa juzgada, y amparar el derecho fundamental de todas las personas a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho (CP, art. 29). En efecto, y como se explicó en el fundamento 11 de esta sentencia, de esa manera la ley busca que el Estado no pueda invocar un hecho o prueba nueva para erosionar la cosa juzgada que beneficia a una

---

[11] Véanse, entre otras, las sentencias C-445 de 1995, C-093 de 2001, C-673 de 2001, fundamento 7.2. y C-1191 de 2001, fundamento 59.

persona que fue absuelta, o para agravar la pena de quien fue condenado, a fin de evitar que esa persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho. Y es que si la acción de revisión procediera en sentencias absolutorias, o para agravar la condena de un sentenciado, es evidente que la persona resultaría nuevamente investigada por el mismo hecho.

La Corte concluye entonces que las expresiones acusadas persiguen una finalidad constitucionalmente imperiosa, como es proteger la seguridad jurídica y la cosa juzgada, y asegurar la realización de la garantía del *non bis in ídem*, que es un derecho fundamental que debe ser respetado por las autoridades.

22. Esta restricción a la acción de revisión aparece además no sólo adecuada sino incluso necesaria, a fin de amparar a las personas contra el riesgo del doble enjuiciamiento. En efecto, si la finalidad del legislador era autorizar la revisión de las sentencias penales ejecutoriadas por la aparición de hechos nuevos o pruebas no conocidas, pero sin permitir el doble enjuiciamiento por un mismo delito, entonces no parece haber otra alternativa sino restringir la procedencia de esa causal a los casos de sentencias condenatorias, y únicamente para beneficiar la situación penal de quien fue condenado.

23. Conforme a lo anterior, los apartes acusados aparecen como un mecanismo necesario para proteger la seguridad jurídica y amparar el derecho constitucional a que una persona no sea juzgada dos veces por el mismo hecho. Resta entonces únicamente evaluar la llamada proporcionalidad en estricto sentido de esa restricción a los derechos de las víctimas.[12] Entra pues la Corte a examinar si esa limitación de la acción de revisión en beneficio del condenado sacrifica o no valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con esta medida a favor del *non bis in ídem*. Y en concreto, esto significa que esta Corporación debe analizar si la restricción que las normas acusadas imponen a los derechos de las víctimas y al deber del Estado de investigar los delitos a fin de

---

[12] Sobre el sentido de este análisis véanse entre otras, las sentencias C-022 de 1996, C-093 de 1991 y C-673 de 2001.

lograr la materialización de un orden justo se justifica por la manera y el grado en que ella asegura el respeto a la seguridad jurídica y al *non bis ídem*.

24. Para responder al anterior interrogante, la Corte considera que es necesario distinguir entre, de un lado, los hechos punibles en general y, de otro lado, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Esa diferenciación no es caprichosa sino que se funda en una constatación obvia, que ya fue mencionada anteriormente en esta sentencia, y es la siguiente: los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo (CP, Preámbulo y art. 2°). Ahora bien, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello, los derechos de las víctimas y perjudicados por esos abusos ameritan la más intensa protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad.

25. Esta diferencia entre, de un lado, los hechos punibles en general y, de otro lado, las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario tiene además sustento en el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, como esta Corte lo ha explicado en numerosas ocasiones, a partir de la Segunda Guerra Mundial, y en especial desde la creación de las Naciones Unidas y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la comunidad

internacional ha concluido que el respeto a los derechos humanos es un asunto que interesa no sólo a los Estados sino a la propia comunidad internacional. Y por ello el derecho internacional ha establecido mecanismos internacionales de protección de esos derechos humanos, que son complementarios de los mecanismos internos que los propios Estados deben desarrollar. Esta Corte ha explicado esta evolución en los siguientes términos:

> La filosofía de los sistemas internacionales de protección es entonces, en cierta medida, que los derechos humanos son demasiado importantes para dejar su protección exclusivamente en manos de los Estados, pues la experiencia histórica de los regímenes totalitarios había mostrado que el Estado puede llegar a convertirse en el mayor violador de tales valores, por lo cual son necesarias las garantías internacionales en este campo. Se concede entonces la posibilidad a los individuos de acudir a un órgano internacional –la Comisión Europea– para denunciar violaciones de derechos humanos por parte de su propio Estado, confiriéndose así por primera vez perso-nalidad jurídica internacional al individuo.
>
> En los años siguientes, el sistema europeo se generaliza. Así, en el ámbito universal, el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece también un mecanismo de denuncia individual ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Por su parte, en nuestro continente se desarrolla el sistema interamericano, que se basa esencialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, la cual concede a los individuos la posibilidad de denunciar atropellos por parte de los Estados ante una instancia regional, la Comisión Interamericana de Derechos H umanos, la cual a su vez decide si acusa o no al Estado en cuestión ante la Corte Interamericana.
>
> La creación de estos mecanismo internacionales de protección ha implicado una transformación profunda del derecho internacional público en un doble sentido. De un lado, el derecho internacional ha dejado

> de ser exclusivamente interestatal –como en el siglo XIX– pues la persona humana ha adquirido una cierta personería jurídica en el plano internacional. De otro lado, más importante aún, la vigencia de los derechos humanos se convierte en un asunto que interesa directamente a la comunidad internacional como tal. Por eso, cuando los mecanismos nacionales de protección resultan ineficaces, los individuos pueden directamente acudir ante ciertas instancias internacionales –como el Comité de Derechos Humanos de la ONU o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– para que se examinen las eventuales violaciones de los derechos reconocidos por los pactos internacionales, sin que ello pueda ser considerado una intromisión en el dominio reservado de los Estados.[13]

26. Estos mecanismos internacionales para promover y amparar la vigencia efectiva de los derechos humanos han tenido en general dos orientaciones. De un lado, el derecho internacional de los derechos humanos, desarrollado en tratados ratificados por Colombia como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha diseñado instrumentos para que las víctimas o los perjudicados por una violación de derechos humanos puedan formular directamente una queja ante una instancia internacional, como la Comisión Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de la ONU, a fin de que el Estado sea condenado internacionalmente y sea obligado a amparar los derechos de esa víctima. Pero en esos casos, la instancia internacional no establece condenas individuales sino que únicamente dictamina sobre la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.

De otro lado, el derecho penal internacional ha establecido mecanismos e instancias para la sanción de los individuos que se han visto comprometidos en las más graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, cuando dichas

---

[13] Sentencia C-408 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, fundamentos 21 y 22.

personas no son debidamente investigadas y sancionadas por el Estado respectivo. Así, el derecho internacional ha desarrollado el principio de la jurisdicción universal, según el cual todos los Estados tienen interés en la sanción de las más graves violaciones de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, como el genocidio, la tortura, o la desaparición forzada, por lo cual esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado en nombre de la comunidad internacional.[14] El desarrollo más reciente e importante de esas formas de derecho penal internacional es obviamente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ampliamente analizado por esta Corte Constitucional en la reciente sentencia C-578 de 2002.

27. Conforme a lo anterior, y a fin de lograr verdaderamente la vigencia de un orden justo (CP, Preámbulo y art. 2°), los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario son mucho más intensos que sus obligaciones de investigar y sancionar los delitos en general, sin que ello signifique que estas últimas obligaciones sean de poca entidad. En ese mismo orden de ideas, los derechos de las víctimas y perjudicados por las violaciones de los derechos humanos o las infracciones graves al derecho internacional humanitario tienen mayor trascendencia que los derechos de las víctimas de los delitos en general, sin que ello signifique que estos últimos derechos no tengan importancia. Y por ello la distinción entre, de un lado, los delitos en general y, de otro lado, las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario adquiere relevancia en el examen de la proporcionalidad de las expresiones acusadas. Esto significa que la impunidad de dichas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no sólo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está com-

---

[14] Sobre el principio de jurisdicción universal, véanse las sentencias C-1189 de 2000 y C-554 de 2001.

prometida en la sanción de esas conductas. Esta Corte ya había resaltado esa diferencia, al estudiar las competencias de la Corte Penal Internacional y el alcance del principio de complementariedad en la lucha contra la impunidad. Dijo entonces esta Corporación:

> Si bien en todas las sociedades hay manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de violencia cuya impunidad no puede ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos. Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capacidad institucional para cumplirlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas de esas atrocidades debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante una Corte Penal Internacional.[15]

Entra pues la Corte a examinar, conforme a la anterior distinción entre, de un lado, los hechos punibles y, de otro lado, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, la proporcionalidad de las restricciones impuestas a la acción de revisión por las expresiones acusadas

28. La Corte considera que en relación con los delitos en general, la regulación es proporcionada, pues el Congreso podía, en desarrollo de su libertad de configuración en este campo, limitar la procedencia de la acción de revisión a las sentencias condenatorias a fin de amparar el *non bis in ídem* y proteger la seguridad jurídica. Es cierto que el legislador hubiera podido elegir una regulación más

---

[15] Sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, fundamento 4.3.2.1.2.

favorable a los derechos de las víctimas de los hechos punibles y a la consecución de un orden justo, pero la Carta no lo obliga a preferir esos derechos, en vez de optar por una mayor garantía de la seguridad jurídica y del *non bis in ídem*. No existiendo un imperativo constitucional evidente para que la ley escoja privilegiar los derechos de las víctimas y la vigencia de un orden justo en su tensión con la seguridad jurídica y la prohibición del doble enjuiciamiento, la Corte considera que bien podían las expresiones acusadas elegir amparar la seguridad jurídica y el *non bis in ídem*, pues dicha regulación asegura la vigencia de esa garantía procesal, sin que la limitación genérica de los derechos de las víctimas aparezca en sí misma excesiva.

29. Por el contrario, en relación con el desconocimiento de los derechos humanos y las violaciones graves al derecho internacional humanitario, la constitucionalidad de las expresiones acusadas es problemática, en primer término, por la manera como esos comportamientos desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, que son necesarias para la vigencia de un orden justo. Por consiguiente, una situación de impunidad de esos crímenes implica no sólo un desconocimiento muy profundo de los derechos de las víctimas y perjudicados por esos delitos, sino que además pone en riesgo la realización de un orden justo (CP, arts 2° y 229).

Esa afectación es todavía más grave, en segundo término, cuando la impunidad deriva de un incumplimiento del deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente estos crímenes, pues esa obligación estatal, por la particular gravedad de esos hechos, es especialmente fuerte.

Finalmente, la impunidad en estos casos implica también una vulneración de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar entonces las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales (CP, art. 9°).

30. La Corte concluye entonces que existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas (CP, art. 229), que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo (CP, art. 2°), cuando existe impunidad en casos de afectaciones de los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta impunidad es aún más grave si ella puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, a fin de sancionar a los responsables.

En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP, art. 2°) implican que en los casos de violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in ídem,* y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

31. La Corte concluye entonces que la restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones de los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al *non bis in ídem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los debates procesales. Era entonces necesario que la ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto.

32. Como ya se explicó anteriormente, la impunidad de las violaciones de los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el *non bis in ídem* es aún más evidente, por las siguientes dos razones: de un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación de los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

De otro lado, en cambio, una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones de los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada,

por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del *non bis in ídem*. Eso puede suceder, por ejemplo, cuando la investigación es tan negligente, que no es más que aparente, pues no pretende realmente esclarecer lo sucedido sino absolver al imputado. O también en aquellos eventos en que los funcionarios judiciales carecían de la independencia e imparcialidad necesarias para que realmente pudiera hablarse de un proceso.

Es pues claro que en los casos de impunidad de violaciones de los derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivadas del incumplimiento protuberante por el Estado colombiano de sus deberes de sancionar esas conductas, en el fondo prácticamente no existe cosa juzgada, pues ésta no es más que aparente. En esos eventos, nuevamente los derechos de las víctimas desplazan la garantía del *non bis in ídem,* y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente.

33. La existencia de la Corte Penal Internacional y la regulación del alcance de la cosa juzgada y de la prohibición del doble enjuiciamiento por el Estatuto de Roma confirma el anterior razonamiento. En efecto, el artículo 20.3 de dicho tratado, al regular el *non bis in ídem*, establece lo siguiente:

> 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:
>
> a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
> b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (énfasis agregado).

Esto significa que, conforme al Estatuto de Roma, el *non bis in ídem* no opera frente a la Corte Penal Internacional cuando el proceso nacional no fue abordado seriamente, y con la suficiente imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales, puesto que en esos casos, la cosa juzgada no es más que aparente y la persona no fue realmente enjuiciada. La sentencia C-578 de 2002, fundamento 4.3.2.1.6., reconoció la legitimidad de esa excepción al *non bis in ídem*, no sólo en el marco del derecho internacional sino también a la luz de los principios y valores constitucionales. Dijo entonces esta Corporación:

> Encuentra la Corte que los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto suponen, primero, una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, segundo, una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (art. 2, CP) y, tercero, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario (art. 9, CP). Por ello, constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia.

34. Conforme a lo anterior, la restricción prevista por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas y al deber de las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo, cuando la impunidad de las violaciones de los derechos humanos y las afectaciones graves al derecho internacional humanitario deriva del claro incumplimiento del Estado de su obligación de investigar, de manera seria e imparcial, esos crímenes. En esos eventos, incluso si no existe un hecho o prueba nueva, los derechos de las víctimas también exigen una limitación al *non bis in ídem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado,

no existió realmente un proceso contra ese individuo. Era entonces necesario que la ley previera la posibilidad de reabrir las investigaciones por violaciones de los derechos humanos y por graves afectaciones al derecho internacional humanitario en aquellos casos en que con posterioridad a la absolución se muestre que dicha absolución deriva de una omisión protuberante del deber del Estado de investigar, en forma seria e imparcial, esos comportamientos. Ahora bien, el artículo 220 del CPP, que regula las causales de revisión, no prevé esa hipótesis, pues no siempre esa omisión protuberante de las obligaciones estatales puede ser atribuida a una conducta típica del juez o de un tercero, o a la existencia de una prueba falsa, que son los casos en donde el estatuto procesal penal autoriza la acción de revisión contra decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. Existe entonces una omisión legislativa en este punto, que requiere una sentencia integradora, que autorice la acción de revisión en esos casos, a fin de proteger los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario.

35. Sin embargo, la Corte recuerda que en todo caso la seguridad jurídica, la fuerza de la cosa juzgada, y la protección contra el doble enjuiciamiento, son valores de rango constitucional, que ameritan una especial protección jurídica, y por ello la sentencia integradora que sea proferida debe prever también garantías a fin amparar en forma suficiente esos valores constitucionales. Es pues indispensable que el ordenamiento impida la reapertura caprichosa de procesos que habían hecho tránsito a cosa juzgada. Ciertas cautelas y protecciones formales en beneficio del procesado resultan entonces imprescindibles.

En tal contexto, esta Corporación considera que en los casos de negligencia protuberante del Estado en brindar justicia a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para que proceda la revisión, sin que aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, es necesario que exista una declaración de una instancia competente que constate que el Estado incumplió en forma protuberante con la

obligación de investigar seriamente esa violación. A fin de asegurar una adecuada protección a la persona absuelta, la constatación de esa omisión de las autoridades deberá ser adelantada por un organismo imparcial e independiente, y por ello, en el plano interno, dicha declaración sólo puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial.

A su vez, la Corte recuerda que el Estado colombiano, en desarrollo de tratados ratificados, ha aceptado formalmente la competencia de organismos internacionales de control y supervisión en derechos humanos, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En tales condiciones, en virtud del principio de complementariedad en la sanción de las violaciones de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que Colombia ha reconocido en múltiples oportunidades (CP, art. 9°), y por la integración al bloque de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario (CP, arts. 93 y 214), la Corte considera que aquellas decisiones de esas instancias internacionales de derechos humanos, aceptadas formalmente por nuestro país, que constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, permiten igualmente la acción de revisión contra decisiones absolutorias que hayan hecho formalmente tránsito a cosa juzgada. En efecto, esas decisiones internacionales, adelantadas por organismos imparciales a los cuales Colombia ha reconocido competencia, muestran que la cosa juzgada no era más que aparente, pues el proceso investigativo no había sido adelantado con la seriedad que exigen la Constitución y los tratados de derechos humanos.

36. Las anteriores cautelas son también indispensables en aquellos casos en que la eventual reapertura de un proceso que contaba con una decisión absolutoria, que había hecho tránsito a cosa juzgada, derive del surgimiento de un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates. En estas situaciones resulta igualmente

necesario proteger la seguridad jurídica y el *non bis in ídem*, y por ende, deben existir garantías formales que impidan que se intenten acciones de revisión caprichosas. La Corte considera entonces que es preciso armonizar la procedencia de esta causal 3° del art. 220 del CPP, en los casos de decisiones absolutorias, con la regulación establecida por ese mismo artículo en los ordinales 4° y 5°, que también prevé la acción de revisión contra decisiones absolutorias. Por consiguiente, así como esos ordinales 4° y 5° consagran la existencia de decisiones judiciales en firme como requisito de procedibilidad para que pueda intentarse una acción de revisión, la Corte considera que esa exigencia formal también debe operar, *mutatis mutandi*, en los eventos en que quiera intentarse una acción de revisión, con base en la causal 3°, contra una decisión absolutoria, que haya puesto fin a un proceso por una violación de derechos humanos o por una infracción grave al derecho internacional humanitario. La Corte concluye entonces que en esos eventos podrá intentarse la acción de revisión contra la decisión absolutoria, por el surgimiento de un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, únicamente si existe un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

Decisión a tomar

37 Conforme a lo anterior, la Corte concluye que a fin de armonizar los derechos de las víctimas y el deber del Estado de lograr la vigencia de un orden justo con la protección de la seguridad jurídica y del *non bis in ídem*, es inevitable condicionar la constitucionalidad de las expresiones acusadas, puesto que es posible distinguir las siguientes tres hipótesis:

- De un lado, en relación con los hechos punibles en general, esas expresiones son constitucionales pues son un desarrollo legítimo de la garantía del non bis in‘ídem.

• De otro lado, en tratándose de violaciones delos derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el *non bis in ídem*, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

• Finalmente, también en los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos [sic], incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente.

Por último, la Corte aclara que para resolver el cargo de la demanda, esta Corporación tuvo en realidad que estudiar el numeral 3° en su integridad, por lo que, en desarrollo de la figura de la unidad normativa prevista por el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991,

la presente decisión recaerá sobre todo ese numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000.

VII. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve

Declarar exequible el numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y senten2cia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

Corte Constitucional
Sentencia C-014 de 2004
Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño
20 de enero de 2004

[...] 4. La situación excepcional que se presenta cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

5. El esfuerzo hermenéutico que hasta este momento ha emprendido la Corte se ha orientado a diferenciar la distinta naturaleza del proceso penal y del proceso disciplinario y a explicar, como consecuente con esa naturaleza, la diversa situación en que se hallan los particulares.

Así, mientras la imputación penal parte de la vulneración de bienes jurídicos relacionados con derechos de terceros, la imputación disciplinaria desvalora la vulneración de los deberes funcionales a cargo del servidor público. Por ello, mientras en el proceso penal un particular puede invocar la calidad de víctima o perjudicado y acceder a él en calidad de sujeto procesal, los particulares, si bien pueden tener a acceso al proceso disciplinario, tienen un acceso limitado ya que sus facultades se apoyan en el interés ciudadano de propender por la defensa del ordenamiento jurídico, mas no en la vulneración de un derecho propio o ajeno.

6. Con todo, si bien esa es la situación generalizada que se advierte en el derecho disciplinario, la Corte no puede desconocer que existen algunos supuestos en los que la infracción del deber funcional del servidor público comporta tal grado de lesividad, que ella guarda una relación inescindible y directa con la violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En efecto, de acuerdo con los numerales 5 a 11 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, son faltas disciplinarias gravísimas las siguientes:

5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:
   a. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
   b. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
   c. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
   d. Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro.

6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros.
7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.
8. Someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.
9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos graves físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.
10. Ocasionar, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia.
11. Ocasionar la muerte en forma deliberada, por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma.

7. Como puede advertirse, estas faltas disciplinarias, si bien plantean la infracción del deber funcional que vincula al servidor público con el Estado, se caracterizan por un contenido de injusticia tan marcado que, aparte de contrariar ese nexo especial de sujeción, afectan también derechos fundamentales del ser humano.

Faltas disciplinarias como el genocidio, la desaparición forzada, la tortura, el desplazamiento forzado o las violaciones al derecho internacional humanitario, por ejemplo, no sólo plantean el quebrantamiento del deber especial de sujeción que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que, además, involucran la afectación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario como supuestos mínimos de la convivencia pacífica en una sociedad civilizada.

Es decir, cuando se incurre en una de esas faltas, no sólo se está ante el quebrantamiento de las normas mediante las cuales el Estado disciplina a sus servidores o a los particulares que desempeñan funciones públicas, pues se está también ante el flagrante desconocimiento de derechos humanos en cuyo respeto no sólo está comprometido cada Estado en particular sino también, y quizá fundamentalmente, la comunidad internacional.

8. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido particularmente sensible a las implicaciones jurídicas de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Ello ha sido así al punto de afirmar, por ejemplo, en el ámbito del fuero militar, la ruptura del vínculo entre el delito y la actividad del servicio cuando la conducta adquiere una gravedad inusitada, como ocurre con los delitos de lesa humanidad. En estos casos, indicó la Corte en la sentencia C-358-97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se trata de conductas manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona; que no guardan ninguna conexidad con las funciones constitucionales de la Fuerza Pública y que por ello deben ser excluidas de la justicia penal militar y conocidas por la jurisdicción penal ordinaria.

De igual manera, esta Corporación ha señalado que la exoneración de responsabilidad consagrada para los militares en el inciso segundo del artículo 91 de la Carta –obediencia debida– tiene un alcance limitado pues sólo se aplica cuando se establece que el inferior pudo tener una duda razonable acerca de la licitud de la orden, pero no cuando ésta es manifiestamente delictiva (sentencia C-587/

95, M. P. José Gregorio Hernández Galindo). Por ello a aquellas conductas manifiestamente ilegales y constitutivas de violaciones contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario no puede aplicárseles esa causal de exoneración de responsabilidad. En ese sentido, es muy significativo que la Corte, en la sentencia C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, haya condicionado la exequibilidad del artículo 15 del Decreto 85 de 1989, que consagraba el régimen disciplinario de los militares, a que las órdenes violatorias de los derechos humanos no deben ser ejecutadas y a que en caso de ser cumplidas, el subalterno no podía alegar la obediencia debida para exonerarse de responsabilidad.

Como puede advertirse, entonces, el despliegue de conductas constitutivas de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario afecta la dignidad de la persona humana y cuestiona la valía y vigencia de los derechos humanos. Por esa especial gravedad, la comisión de conductas de esta índole está llamada a producir consecuencias en diversos espacios jurídicos, incluido, para lo que aquí es materia de debate, el derecho disciplinario.

8. [sic] Por todo ello, cuando se trata de faltas disciplinarias constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la situación en que se hallan las personas afectadas es muy diferente de aquella en que se encuentra el particular que, en calidad de quejoso, promueve una investigación disciplinaria, pues aquéllas no sólo están alentadas por el interés que le asiste a cualquier ciudadano para que se imponga una sanción al infractor de la ley disciplinaria, sino que, además de ese genérico interés, en ellas concurre la calidad consecuente con el daño que sobrevino, de manera inescindible, a la comisión de la falta disciplinaria.

En estos supuestos, el fundamento de la imputación disciplinaria sigue siendo la infracción del deber funcional del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas. Es decir, la índole del ilícito disciplinario se mantiene. Lo que ocurre es que, a

diferencia de lo que sucede con la generalidad de las faltas disciplinarias, en aquellas la infracción del deber plantea, de manera directa, la vulneración de derechos fundamentales. Es decir, esas faltas conducen a un agregado valorativo que, sin mutar la naturaleza de la imputación disciplinaria, lesionan derechos humanos y colocan a su titular en una situación calificada respecto de aquélla en que se encuentra cualquier ciudadano interesado en el ejercicio del control disciplinario.

En ese sentido, para la Corte, si bien la regla general indica que en el derecho disciplinario no existen víctimas por cuanto las faltas remiten a infracciones de deberes funcionales y no a lesiones de derechos, de manera excepcional puede hablarse de víctimas de una falta disciplinaria cuando de la infracción del deber que la constituye surge, de manera inescindible y directa, la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario.

b. [sic] ¿En los casos de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, las víctimas o los perjudicados están legitimados para intervenir en el proceso disciplinario? De ser así, ¿con qué calidad pueden hacerlo?

9. Se ha indicado que en los procesos disciplinarios puede intervenir el quejoso, más no como sujeto procesal sino como un interviniente con atribuciones limitadas e interesado en la defensa del ordenamiento jurídico y no en la prosperidad de una pretensión particular y específica. Se ha concluido, además, que cuando una falta disciplinaria involucra la violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, pueden existir víctimas o perjudicados.

De acuerdo con ello, surge el interrogante ya planteado: ¿cuando se trata de las víctimas o perjudicados con la comisión de una falta disciplinaria que, a la vez, constituye una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional

humanitario, ellas o éstos pueden intervenir en el proceso disciplinario?

Para la Corte, es claro que tales víctimas o perjudicados pueden intervenir en el proceso disciplinario, pues si un tercero, que no es víctima de falta disciplinaria alguna, puede acudir ante las autoridades administrativas o judiciales con el propósito de poner esa falta en su conocimiento y si, en la actuación desatada con base en la queja por él instaurada, puede ejercer las limitadas facultades de intervención que le confiere la ley, ¿por qué no podría hacerlo una persona en quien concurre la calidad de víctima de o perjudicado con la falta disciplinaria a investigar? Entonces, no cabe duda que la víctima o el perjudicado sí pueden concurrir ante las autoridades, poner la queja en su conocimiento e intervenir en la actuación a partir de ella desatada.

10. Ahora bien, en esos supuestos, ¿con qué calidad intervienen la víctimas o los perjudicados?

En principio, podrían hacerlo como simples quejosos, esto es, como terceros interesados en la defensa del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, en la investigación de la falta cometida y en la sanción de los responsables. No obstante, cabe plantearse el siguiente interrogante: ¿en el caso de las faltas disciplinarias en las que la infracción del deber remite a violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, las víctimas o los perjudicados con esos comportamientos se encuentran en la misma situación en que se halla cualquier ciudadano para intervenir en el proceso con la sola calidad de quejoso y con las muy limitadas atribuciones que a él se le reconocen? O, por el contrario, ¿el contenido de injusticia del comportamiento, sin desnaturalizar la infracción de deberes funcionales como fundamento de la imputación disciplinaria, habilita a la víctima o al perjudicado para intervenir con una calidad superior a la de un simple tercero? Para la Corte, es claro que la calidad de víctimas o perjudicados con tales faltas los habilita para intervenir no sólo como interesados en la defensa del ordenamiento jurídico, sino como personas portadoras de un interés legítimo y directo en las resultas del proceso disciplinario.

Es decir, las víctimas o perjudicados son personas legitimadas para acceder al proceso dado que son los titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia inescindible y directa de la infracción del deber implícita en la falta disciplinaria. Esta condición, convierte a las víctimas o a los perjudicados en portadores de un interés directo en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y en la realización de la justicia disciplinaria. Es decir, los habilita para intervenir, pero no como simples terceros, sino como verdaderos sujetos procesales.

11. La Corte se inclina por esta última interpretación pues el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado plantea un espacio en el que también se imparte justicia. Esto es así por cuanto se trata de un escenario en el que se imputa la comisión de conductas que han sido tipificadas como faltas y para las que se han previsto sanciones y de allí por qué, en la actuación que se promueve para que se demuestren aquellas y se impongan estas últimas, deban respetarse los contenidos del debido proceso. Claro, existen espacios de ejercicio del poder disciplinario que en estricto sentido no hacen parte de la rama jurisdiccional del poder público, como ocurre con aquellos que pertenecen a la administración o incluso a los particulares que ejercen esa potestad por delegación. No obstante, aún en tales supuestos, las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia. Si esto es así, en el ámbito del poder disciplinario existe también una legítima pretensión estatal orientada a la aplicación de la ley sustancial y, en caso que la falta imputada haya afectado a terceros, éstos pueden invocar sus derechos.

12. Podría argumentarse que con esta lectura constitucional se desnaturaliza el derecho disciplinario pues, de acuerdo con ella, parecería que la imputación que en él se debate remite a la vulneración de bienes jurídicos. También podría afirmarse que se desconoce que existen otros niveles de discusión de responsabilidad en los que es factible que la víctima invoque sus derechos. No obstante, en los dos casos, se trata de percepciones equivocadas.

En cuanto a lo primero, el fundamento de la imputación disciplinaria sigue siendo la infracción del deber funcional del servidor público. Como se indicó, la manifestación que la infracción de ese deber tiene sobre los derechos humanos es un plus que, sin mutar la naturaleza de tal imputación, coloca al particular en una situación diferente de aquella en que se encuentra cualquier ciudadano y que le permite acceder, en otras condiciones, a la actuación administrativa en la que aquella se formula. Es decir, esa situación concreta lo legitima para pretender, con argumentos adicionales a los de cualquier particular, la imputación de responsabilidad disciplinaria y la imposición de la sanción correspondiente.

Y en cuanto a lo segundo, no puede desconocerse que la víctima o el perjudicado con el comportamiento puede acudir a la jurisdicción penal y actuar en procura del reconocimiento de sus derechos o ejercer el derecho a la reparación del daño ante la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, se trata de un comportamiento que es susceptible de imputaciones diversas y por ello, así como permiten que se investigue penal y disciplinariamente al presunto responsable, legitiman también a la víctima o al perjudicado para intervenir en cada una de esas actuaciones con finalidades diversas. En una, para que se le atribuya una consecuencia a la infracción del deber funcional y, en otra, para que se le asignen consecuencias a la vulneración de derechos.

c. ¿Qué derechos tiene la víctima o el perjudicado en un proceso promovido por una falta constitutiva de una violación al derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario?

13. Hasta este momento, el concepto de víctima ha sido privativo del derecho penal. En este campo, durante mucho tiempo, a las víctimas se les reconoció una legitimidad ligada exclusivamente a sus intereses patrimoniales: ya que el delito genera un daño social y un daño particular de connotaciones patrimoniales, las víctimas podían acceder al proceso penal sólo en procura de la realización de

sus expectativas económicas pero de la reparación del daño social se ocupaba únicamente el Estado a través de sus servidores. Éste era un espacio vedado para la víctima o el perjudicado con una conducta punible pues se temía que si a él accedía la víctima, se privatizara el ejercicio de la acción penal y el proceso se convirtiera en un ámbito idóneo para retaliaciones y vindictas [sic].

Tal concepción relegó a la víctima a un papel secundario en el proceso penal y a una intervención sustancialmente limitada: sólo podía concurrir al proceso cuando el presunto autor o partícipe había sido identificado, su interés era exclusivamente patrimonial, sólo tenía legitimidad para impugnar aquellas decisiones que afectaran esa pretensión económica y, por fuera de ello, estaba excluida de los espacios de discusión inherentes al esclarecimiento de la verdad de lo acaecido y a la realización de la justicia.

Ante ello, el panorama no podía ser más desalentador: el titular del bien jurídico vulnerado con el delito tenía un difícil acceso al proceso penal y, una vez en él, se le reconocían unas facultades sustancialmente limitadas e incompatibles con esa calidad. Además, cuando no existían posibilidades de reparación del daño, su intervención terminaba por ser simplemente simbólica.

14. Esta concepción de la víctima y de sus derechos en el proceso penal fue puesta en crisis por el moderno constitucionalismo. Asumiendo que las democracias constitucionales se fundan en el respeto de la dignidad del ser humano y que este fundamento produce efectos en todos los ámbitos de ejercicio del poder público y respecto de todas las personas que en él se encuentran involucradas, se comprendió que los derechos de las víctimas de una conducta punible no se agotaban en la reparación del daño patrimonial causado con el delito, pues un Estado constitucional de derecho es prioritariamente un Estado de justicia y la justicia, en el caso del delito, no se agota simplemente en esa reparación patrimonial. Por lo tanto, se debían generar espacios para el reconocimiento a las víctimas de otros derechos, pues éstos resultaban ineludibles, al menos si de lo que se trataba era de hacer efectiva su dignidad y de realizar múltiples fines estatales que tocan con ella.

Haciendo eco de esa tendencia universal orientada a reconsiderar los derechos de las víctimas en el proceso penal, la Corte, en la sentencia C-228/02, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet, en la que modificó su jurisprudencia relativa a los derechos de la parte civil en el proceso penal, tras un detenido análisis de los derechos de las víctimas en el derecho internacional y comparado, concluyó lo siguiente:

> [...] tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.
>
> De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:
>
> 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
>
> 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.

Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesa a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización. Ello puede ocurrir, por citar tan sólo un ejemplo, cuando se trata de delitos que atentan contra la moralidad pública, el patrimonio público, o los derechos colectivos o donde el daño material causado sea ínfimo –porque, por ejemplo, el daño es difuso o ya se ha restituido el patrimonio público– pero no se ha establecido la verdad de los hechos ni se ha determinado quién es responsable, caso en el cual las víctimas tienen un interés real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia a través del proceso penal.

No obstante, ello no significa que cualquier persona que alegue que tiene un interés en que se establezca la verdad y se haga justicia pueda constituirse en parte civil –aduciendo que el delito afecta a todos los miembros de la sociedad– ni que la ampliación de las posibilidades de participación a actores civiles interesados sólo en la verdad o la justicia pueda llegar a transformar el proceso penal en un instrumento de retaliación contra el procesado. Se requiere que haya un daño real, no necesariamente de contenido patrimonial, concreto y específico, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más: aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando este existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en

> calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial.
>
> La determinación en cada caso de quien tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable.

De acuerdo con lo expuesto, entonces, una concepción de los derechos de la víctima en el proceso penal, que sea consecuente con los cimientos del moderno constitucionalismo, no puede más que reconsiderar las limitaciones que afectaban su comparecencia al proceso y afirmar, sin ambivalencias, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación; reformular los espacios generados para su intervención y revalidar el compromiso estatal de no defraudar la legítima de expectativa de realización de esos derechos pues ella traduce, para un espacio particular, la realización de la democracia constitucional como Estado de justicia.

15. No obstante, en esta ocasión, la Corte se plantea una reflexión adicional: ¿esa nueva lectura constitucional de los derechos de la víctima, es privativa del derecho penal, o, con las debidas matizaciones, puede extenderse al ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado y, en particular, a aquellos supuestos excepcionales en que concurren víctimas o perjudicados con ocasión de faltas disciplinarias constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario?

Se ha indicado ya que en esos supuestos excepcionales existen víctimas o perjudicados con faltas disciplinarias y que éstos están legitimados para concurrir al proceso disciplinario no como terceros sino como sujetos procesales y, desde luego, con todas las facultades que se reconocen a éstos. En ese marco, cabe interrogarse, ¿cuál

es el sentido de su intervención en ese proceso? La respuesta es clara: las víctimas o perjudicados con una falta disciplinaria constitutiva de una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario están legitimadas para intervenir en el proceso disciplinario para que en éste se esclarezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico ámbito de control esas faltas no queden en la impunidad. Es decir, tales víctimas o perjudicados tienen derecho a exigir del Estado una intensa actividad investigativa para determinar las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional que, de manera inescindible, condujo al menoscabo de sus derechos y a que, una vez esclarecidas esas circunstancias, se haga justicia disciplinaria.

16. Esto es así por cuanto, cuando un sujeto disciplinable ha infringido los deberes funcionales que le incumben como servidor público o como particular que desempeña funciones públicas y cuando esa infracción constituye también una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, a las víctimas o perjudicados les asiste legitimidad para exigir del Estado el esclarecimiento de los hechos, la imputación de una infracción a los deberes funcionales del sujeto disciplinable, la formulación de un juicio de responsabilidad de esa índole, la declaración de tal responsabilidad y la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico. Es decir, en tales eventos, las víctimas tienen un derecho a la verdad y a la justicia disciplinarias pues la afirmación de su dignidad, el reconocimiento y realización de sus derechos y, por esa vía, la promoción de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo, no se circunscriben únicamente al ejercicio del poder punitivo del Estado sino que se extiende a todas las esferas de la vida pública y privada y, desde luego, también al ejercicio de la potestad estatal disciplinaria.

17. Estos derechos de las víctimas de las indicadas faltas disciplinarias son compatibles con la legitimidad de los distintos juicios de responsabilidad que pueden generarse a partir de una misma conducta y con los derechos correlativos que en cada uno de esos espacios le asisten al imputado.

En este sentido, es nutrida la jurisprudencia de esta Corporación en la que se admite la posibilidad de que a partir de un mismo hecho se generen imputaciones de distinta índole, como la penal y la disciplinaria, pues ello es consecuente con los diversos ámbitos de responsabilidad previstos por el ordenamiento jurídico. En cada uno de éstos ámbitos se pretende la demostración de un supuesto fáctico y la imposición de una sanción, penal o administrativa, y frente a cada uno de ellos existe una legítima pretensión estatal y una legítima oposición del investigado.

De la misma manera, en cada uno de esos ámbitos, y para los supuestos que aquí se analizan, existe una legítima expectativa de reconocimiento y realización de los derechos de las víctimas: en el proceso penal, ello se circunscribe a que se demuestre la vulneración de un bien jurídico, a que ese comportamiento no quede en la impunidad y a que se repare el daño causado. Y en el proceso disciplinario, se trata de demostrar la infracción del deber funcional del sujeto disciplinable y de imponer una sanción consecuente con ello.

18. Entonces, así como es legítimo que el Estado, a partir de un mismo hecho, promueva distintos juicios de responsabilidad y que el procesado despliegue sus derechos en cada uno de ellos; así también es legítimo que las víctimas o perjudicados ejerzan los derechos de que son titulares en cada uno de esos ámbitos de responsabilidad pues su derecho a la verdad y a la justicia se predica en cada uno de esos ámbitos y no sólo en uno de ellos.

Con todo, es claro para la Corte que en el proceso disciplinario las víctimas no pueden pretender el reconocimiento del derecho a la reparación pues esta pretensión no está ligada directamente a la infracción del deber funcional que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que está vinculada con el daño causado al bien jurídico de que aquellas son titulares. Y bien se sabe que la protección de tales bienes jurídicos y la reparación del daño a ellos causado es inherente a la jurisdicción y escapa a la órbita del derecho disciplinario.

d. ¿Una norma jurídica que permite la revocatoria directa, de oficio o a petición de parte, de los fallos disciplinarios sancionatorios y no de los fallos disciplinarios absolutorios vulnera los derechos de las víctimas de las faltas disciplinarias?

19. Hasta este momento, la Corte ha demostrado que por regla general no existen víctimas o perjudicados con una falta disciplinaria y que éstos sólo pueden concurrir, de manera excepcional, cuando se trata de faltas que constituyen violaciones del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos. Ha inferido también que en estos supuestos las víctimas o perjudicados están legitimados para intervenir en el proceso disciplinario en calidad de sujetos procesales y, en consecuencia, para ejercer todas las facultades inherentes a ellos. Finalmente, ha concluido que esa intervención se orienta al reconocimiento de los derechos que tienen las víctimas al esclarecimiento y conocimiento de la verdad y a la realización de la justicia disciplinaria.

Con base en estos elementos de juicio, la Corte emprende ahora el estudio necesario para determinar si unas normas jurídicas que permiten la revocatoria directa, de oficio o a petición de parte, de los fallos disciplinarios sancionatorios y no de los fallos disciplinarios absolutorios, vulneran los derechos de las víctimas o perjudicados con las faltas disciplinarias. En esa dirección, la Corte 1) referirá el marco general de la revocatoria de los actos administrativos, 2) recordará el régimen de revocatoria de los fallos disciplinarios y 3) establecerá si la improcedencia de la revocatoria directa contra fallos disciplinarios sancionatorios vulnera los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de las faltas disciplinarias constituidas por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

1. Marco general de la revocatoria de los actos administrativos

20. Ya que la revocatoria de los fallos disciplinarios se enmarca en el régimen general de revocatoria de los actos administrativos, la Corte realiza algunas consideraciones relacionadas con este régimen.

Un Estado de derecho se rige por el principio de legalidad. Todos los poderes que en aquél se ejercen, incluida la administración, están vinculados por éste. De allí que la Carta Política, a través de su plexo de valores, principios, derechos y deberes, y particularmente a través de mandatos como los contenidos en los artículos 6, 29, 121, 122 y 209, sujete el ejercicio de la administración a ese principio. No obstante, como es posible que alguna actuación de la administración se sustraiga al efecto vinculante del principio de legalidad, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad [de] que sus actuaciones sean ajustadas a la ley. Los mecanismos para ello no han sido previstos directamente por el constituyente, quedando relegados, por lo tanto, a la función legislativa. En tal dirección, el legislador ha concebido instituciones como la vía gubernativa y la revocatoria directa. Además, puede haber lugar al control jurisdiccional de la actuación de la administración.

La revocación directa de los actos administrativos se encuentra regulada en los artículos 69 a 73 del Código Contencioso Administrativo. En ese régimen se consagran dos principios complementarios: por una parte, la revocabilidad de los actos administrativos generales, impersonales o abstractos. Y, por otra, la inmutabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto. El primero es la manifestación de la facultad de la administración de excluir un acto del mundo jurídico, bien para ajustar su ejercicio al ordenamiento jurídico o también para adecuarlo al interés público o social o por razones de equidad. El segundo es una necesaria consecuencia de la vinculación que sobre la administración ejerce la protección constitucional de los derechos adquiridos y el principio de seguridad jurídica.

Nótese cómo ese régimen y los principios en que se basa, guardan armonía con los fundamentos constitucionales de la administración pública. De una parte, porque la revocabilidad de los actos administrativos generales, impersonales y abstractos, le permite a la administración ajustar su actuación a la ley o adecuarla a las necesidades impuestas por el interés público o social o a la equidad y, de esta forma, orientarse a la realización de los fines que le asisten en

una democracia. Y, de otra parte, porque la intangibilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, asegura los derechos adquiridos por los particulares y les garantiza que éstos sólo podrán ser removidos del mundo jurídico si se cuenta con su consentimiento expreso y escrito o si, en ausencia de él, así lo dispone la jurisdicción contencioso administrativa.

21. De acuerdo con el régimen general de revocatoria de los actos administrativos, consagrado en el Código Contencioso Administrativo, se tiene lo siguiente:

a) Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona (art. 69 del Código Contencioso Administrativo).

Ésta es una cláusula general que afirma la revocabilidad de los actos administrativos generales y abstractos. No obstante, esta cláusula está limitada pues, por una parte, no puede pedirse la revocación directa de actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa (art. 70) y, por otra, la petición de revocatoria, ni su decisión, reviven términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas ni dan lugar al silencio administrativo (art. 72).

b) No obstante, cuando se trata de un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no puede ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular (art. 73, inciso primero). Pero hay lugar a la revocatoria directa de esos actos sin el consentimiento del titular en dos hipótesis: cuando se trate de actos presuntos, es decir, fruto del silencio administrativo positivo, o si es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales (art. 73, inciso segundo).

Ésta es una cláusula general de inmutabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto. De acuerdo con ella, los actos de esa índole no son revocables por la administración. Para que esa revocación proceda debe contarse con el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho generado por ese acto. Sin embargo, el acto, pese a su carácter particular y concreto, es revocable sin el consentimiento del titular del derecho por él generado en las dos hipótesis ya indicadas: si se trata de un acto presunto positivo o si es evidente que ocurrió por medios ilegales. Estas hipótesis constituyen causas legales de revocatoria de actos administrativos que operan como excepciones al principio de inmutabilidad de los actos administrativos particulares y concretos y que se orientan al aseguramiento de la legalidad de la actuación de la administración.

c) Siempre procede la revocatoria parcial de los actos administrativos cuando sea necesario para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión (art. 73, inciso tercero).

22. De lo expuesto se infiere que, en general, un acto administrativo de carácter particular y concreto (i) sólo es revocable con el consentimiento expreso y escrito del particular y (ii) que si no se cuenta con el consentimiento expreso y escrito del particular, la administración debe demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, de forma excepcional, se permite que la administración disponga la revocatoria directa de un acto administrativo de carácter particular y concreto en dos hipótesis: (i) si se trata de un acto administrativo fruto del silencio administrativo positivo y (ii) si es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

2. Régimen de revocatoria de los fallos disciplinarios

23. La revocatoria directa de los fallos disciplinarios se encuentra consagrada en los artículos 122 a 127 de la Ley 734 de 2002. Las características fundamentales de tal régimen son las siguientes:

• La revocatoria procede contra fallos sancionatorios y no contra fallos absolutorios.

• Hay lugar a ella de oficio o a petición del sancionado. Es decir, la autoridad disciplinaria puede disponerla por sí misma o a petición de la persona en quien recayó la sanción. De acuerdo con esto, la eventual víctima de la conducta por la cual se investigó al servidor público no podría solicitar la revocatoria del fallo.

• El competente para revocar un fallo es el funcionario que lo profirió, su superior jerárquico o el Procurador General de la Nación. Este funcionario puede asumir directamente el conocimiento de una petición de revocatoria.

• Las causales para la revocatoria de un fallo sancionatorio son la infracción manifiesta de las normas constitucionales, legales o reglamentarias y la vulneración o amenaza manifiesta de los derechos fundamentales.

• Existe un presupuesto de procedibilidad consistente en que contra el fallo no se hubieren interpuesto los recursos ordinarios.

• La solicitud de revocatoria puede hacerse aún cuando el sancionado haya acudido a la jurisdicción contenciosa, pero siempre que no se haya dictado sentencia. Si en el proceso se ha proferido sentencia, la revocatoria puede solicitarse por causa distinta a la que dio origen a la decisión judicial.

• Los requisitos para solicitar la revocatoria son la identificación de investigado y su dirección, la identificación del fallo y la sustentación de los motivos de inconformidad relacionadas con la causal invocada.

• La solicitud que no cumpla con tales requisitos se inadmite y si no se corrige dentro de los cinco días siguientes, se rechaza.

• El término para resolver la solicitud de revocatoria directa es de tres meses a partir de su recibo.

• La petición de revocatoria y su decisión no reviven términos para el ejercicio de acciones contencioso administrativas, no dan lugar a interponer recurso alguno y no permiten la aplicación del silencio administrativo.

3. ¿La improcedencia de la revocatoria directa de los fallos disciplinarios absolutorios, vulnera los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas de las faltas constituidas por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario?

24. En el tema atinente a la revocatoria de los fallos disciplinarios, entran en tensión dos principios constitucionales: por una parte, el principio de seguridad jurídica, y, por otra, el principio de justicia material.

El principio de seguridad jurídica lo hace bajo la forma del valor de cosa decidida que tiene el fallo disciplinario y bajo la forma del principio *non bis in ídem*, que rige en el ámbito del derecho sancionatorio del Estado. En virtud de ese principio, el disciplinado tiene derecho a que se mantenga y perdure en el tiempo la decisión definitiva proferida y a que ello sea así como un mecanismo de promoción de la convivencia pacífica.

Y el principio de justicia material lo hace bajo la forma del deber que tiene el Estado de promover la vigencia de un orden justo pues uno de los ámbitos abarcados por ese deber es el del derecho disciplinario: al Estado también le incumbe el deber de investigar y sancionar las infracciones de los deberes funcionales imputables a sus servidores pues para ello ha radicado el poder disciplinario preferente en el Ministerio Público y ha establecido la jurisdicción disciplinaria.

25. Ahora bien. Ni el principio de seguridad jurídica, ni el principio de justicia material tienen valor absoluto. El primero, porque la imposibilidad absoluta de remover del mundo jurídico un fallo disciplinario, conduciría en muchos supuestos al sacrificio de la justicia material. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocar un fallo sancionatorio que se sabe, a buen seguro, fue proferido con manifiesto desconocimiento de la Constitución. Y el segundo, porque en aras de la promoción de un orden justo, a la administración no le está dado desconocer el efecto vinculante de sus propios fallos disciplinarios pues ello desconocería el principio de ejecutoriedad

de los actos administrativos y vulneraría el principio de seguridad jurídica. Piénsese, en este caso, en la incertidumbre generada por la revocatoria generalizada de los fallos disciplinarios.

26. En ese marco, ya que la Carta Política constituye un sistema armónico de mandatos de optimización, la tarea de regular de una manera u otra las distintas tensiones que se presentan entre tales mandatos le incumbe a la instancia legislativa del poder público. Este centro de poder es el legitimado para tomar las decisiones políticas requeridas para compatibilizar las tensiones que surgen ante el valor relativo de los principios constitucionales y ante la necesidad de armonizarlos de tal manera que se promueva la pacífica convivencia. Y ello es sano para una democracia: es legítimo que el pueblo, a través de sus representantes, concurra a delinear los parámetros normativos que han de regular la vida en sociedad y a hacerlo de tal manera que pondere los distintos mandatos de optimización que se hallan en juego y que aspiran a realizarse en mayor o menor medida, de acuerdo con las posibilidades históricas y jurídicas.

La decisión legislativa contenida en las normas que en el caso presente ocupan la atención de la Corte, es un fiel reflejo del ejercicio de esa facultad de concreción de los principios constitucionales: la tensión entre, por una parte, el principio de seguridad jurídica y su manifestación a través del *non bis in ídem* y del principio de ejecutoriedad, y, por otra, el mandato de promoción de un orden justo y de realización de la justicia material, fue resuelta, en el ámbito del derecho disciplinario, permitiendo la revocatoria directa de los fallos sancionatorios pero no la de los fallos absolutorios.

De acuerdo con ello, cuando se trata de este último tipo de fallos disciplinarios, el legislador superó la tensión ya aludida dando primacía al principio de seguridad jurídica sobre el principio de justicia material y por ello no permite que la entidad de control reconsidere su decisión pues asume que la revocatoria del fallo operaría para agravar la situación del absuelto y encuentra que ello menoscaba gravemente el *non bis in ídem*.

27. No obstante, tampoco el legislador es absoluto en el ejercicio de esa facultad de ponderación de principios constitucionales en

conflicto y de allí que las decisiones que tome en su tarea política y jurídica de armonizar la concreción de esos principios y que expresa bajo la forma de enunciados normativos, sean susceptibles de control constitucional; es decir, de una confrontación con el sistema de valores, principios, derechos y deberes consagrado en el Texto Superior y orientada a determinar su compatibilidad o incompatibilidad.

En tales situaciones, cuando el control constitucional se despliega, le incumbe al Tribunal Constitucional decidir si la ponderación realizada por el legislador es legítima o ilegítima y si las formulaciones legales a través de las cuales se expresa esa ponderación, deben permanecer en el ordenamiento jurídico o ser expulsadas de él. Desde luego, cabe precisar, que a la Corte le es dado acudir a esta optimización por principios por cuanto se trata de determinar el alcance de los derechos fundamentales interferidos por las normas jurídicas y no de restringirlos.

28. Con miras al control de constitucionalidad de unas reglas jurídicas que permiten la revocatoria directa de los fallos disciplinarios sancionatorios y no de los absolutorios, la Corte debe indicar, en primer lugar, que la materia disciplinaria no ha sido detenidamente regulada por el constituyente.

Es cierto que el control disciplinario es expresamente referido en la Carta tanto cuando se determinan las funciones del Ministerio Público, como cuando se regula el control jurisdiccional disciplinario. De igual manera, es evidente que al poder disciplinario le son exigibles, con las debidas matizaciones, las garantías configuradas para el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Con todo, la regulación constitucional del poder disciplinario es claramente diferenciable de la regulación constitucional de otros ámbitos que han merecido una detenida atención del constituyente, como ocurre, por ejemplo, con el poder penal del Estado. Aquella es una regulación menos puntual, más genérica y por ello, de forma correlativa, involucra el reconocimiento de un mayor espacio de acción para la instancia legislativa. Esta Corte así lo ha reconocido, por ejemplo, al aceptar la amplia facultad del legislador para estructurar el régimen disciplinario, tanto en materia de ilícitos como de sanciones.

De lo expuesto se sigue que el control de constitucionalidad a emprender por esta Corporación, cuando se trata de normas legales que en materia disciplinaria resuelven la tensión entre los principios de seguridad jurídica y justicia, debe ser un control moderado y no un control estricto. De lo contrario, la jurisdicción estaría desconociendo la genérica regulación que el constituyente hizo de la función disciplinaria y estaría limitando indebidamente un espacio de poder que el mismo constituyente concibió como idóneo para la amplia realización del principio democrático.

29. Ateniéndose a esos parámetros, la Corte advierte que, en el caso de los fallos disciplinarios absolutorios, la ponderación realizada por el legislador entre los principios de seguridad jurídica y justicia consulta criterios de razonabilidad: es consecuente con el hecho que en el proceso disciplinario se imputa la infracción del deber funcional del sujeto disciplinable con el Estado y no la lesión de derechos ajenos; con la inexistencia de víctimas en las faltas disciplinarias y con la posibilidad con que cuenta la administración de demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Todas estas circunstancias avalan la decisión legislativa de dar primacía al principio *non bis in ídem* sobre el principio de justicia material: si el contenido de injusticia de la falta disciplinaria no desborda la simple infracción del deber funcional que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, es legítimo que el legislador decida que los fallos absolutorios no sean objeto de revocatoria directa pues, aparte de los propios intereses estatales, no existen otras expectativas que atender y que sean susceptibles de conducir a una regulación legal diversa. Por lo tanto, es razonable que se dé prioridad al derecho que le asiste al investigado a que la decisión proferida a su favor se torne inmutable y no sea susceptible de revocatoria directa.

30. Con todo, como lo expuso la Sala en su momento, cuando se trata de faltas que constituyen violaciones del derecho internacional humanitario o del derecho internacional de los derechos humanos, sí existen víctimas o perjudicados y éstos están legitimados para intervenir en el proceso disciplinario en calidad de sujetos procesales, para que se reconozcan y realicen sus derechos al esclareci-

miento y conocimiento de la verdad y a la realización de la justicia disciplinaria. Por ello, su exclusión como sujetos procesales en la actuación disciplinaria y la imposibilidad [de] que puedan solicitar la revocatoria del fallo absolutorio, o de la decisión de archivo de la actuación que tiene efectos equivalentes, o que tal revocatoria sea declarada de oficio, son decisiones legislativas irrazonables: constituyen, entre otras cosas, limitaciones arbitrarias de los derechos a la verdad y a la justicia que les asisten a la víctima o a los perjudicados con una falta disciplinaria gravísima, potencialmente lesiva de derechos fundamentales.

En efecto, no es constitucionalmente legítimo que en aquellos supuestos en que el contenido de injusticia de la falta disciplinaria desborda la simple vulneración del deber funcional que le asiste al sujeto disciplinable y se extiende de tal manera que compromete derechos fundamentales de terceros, se prevea un régimen de la revocatoria directa del fallo, o de la decisión que tenga efectos equivalentes, similar al previsto para aquellos supuestos en que la ilicitud de la falta se agota en la sola infracción de ese deber. Cuando en ese tipo de eventos se profiere un fallo absolutorio o una decisión de archivo, estas decisiones no sólo tocan con intereses estatales, sino también con la expectativa legítima que tienen las víctimas o perjudicados con esos comportamientos, el Estado y la comunidad internacionales de que se establezca la verdad y se haga justicia, expectativa que, por lo demás, se ve defraudada.

Si esto es así, el legislador, en ese tipo de casos, no puede ejercer su capacidad de configuración normativa ignorando, en materia de revocatoria de fallos disciplinarios y decisiones equivalentes, el menoscabo inferido con la falta al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la lesión de bienes jurídicos ajenos y los derechos que les asiste a las víctimas o perjudicados de conocer la verdad de lo acaecido y a que se realice justicia disciplinaria. Luego, si estos derechos pueden verse afectados con un fallo absolutorio o decisión de archivo, el legislador se halla en el deber de suministrar herramientas que le permitan a la misma autoridad disciplinaria ajustar su decisión a la Constitución y a la ley.

31. No proceder de esa manera conduce a un claro desconocimiento del efecto vinculante que tienen en el orden interno tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario, a vulnerar los derechos a la verdad y a la justicia que les asiste a tales víctimas o perjudicados con tales faltas disciplinarias y, además, a infringir otros preceptos superiores:

• Plantea el desconocimiento del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso de las víctimas pues éstas quedarían excluidas del proceso en el que se formula la imputación disciplinaria.

• Conduce a un quebrantamiento de las funciones que el constituyente le ha atribuido en materia de control disciplinario a la Procuraduría General de la Nación, ya que resulta inconcebible que ésta se halle impedida para revocar una decisión que, en un punto tan álgido como el del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, sabe, a buen seguro, es manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley.

• Involucra, igualmente, una grave fractura en el mandato superior de igualdad en la formulación del derecho pues la víctima quedaría sometida a un régimen legal discriminatorio en relación con el previsto, en ese punto, para el investigado.

• Finalmente, plantea un injustificado distanciamiento del derecho de participación pues las víctimas de tales comportamientos no podrían acceder a la actuación disciplinaria con miras a promover una decisión legítima.

32. Entonces, en general, la improcedencia de la revocatoria directa contra los fallos disciplinarios absolutorios o la decisión de archivo de la actuación es legítima, pues resulta coherente con la Carta la decisión legislativa de dar primacía, en ese ámbito del derecho sancionador del Estado, al derecho a la seguridad jurídica que ampara al investigado sobre el derecho de justicia material.

Con todo, dada la necesidad de conciliar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los contenidos materiales del debido proceso, del

derecho de igualdad, del derecho de participación y de los derechos de las víctimas, como también las funciones de la Procuraduría General de la Nación, con el régimen de la revocatoria de los fallos absolutorios o decisiones de archivo, la Corte declarará exequibles los apartes demandados del artículo 123 y los citados apartes de los artículos 122 y 124 en el entendido que cuando se trata de faltas constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, también procede la revocatoria del fallo absolutorio y del auto de archivo. Tal revocatoria procede de oficio o puede ser solicitada por la víctima o los perjudicados, aunque con las limitaciones derivadas de la interposición de recursos, y la competencia para su decisión recae en el funcionario que profirió el fallo o en el superior o en el Procurador General.

La Corte, además, declarará exequible el artículo 89 de la Ley 734 de 2002 en el entendido que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidos por la ley.

Finalmente, la Corte declarará exequible el aparte demandado del artículo 125 de la Ley 734 de 2002, pues él regula la revocatoria a solicitud del sancionado como uno de los supuestos de la revocatoria de los fallos disciplinarios y no tiene incidencia alguna en la revocatoria de los fallos absolutorios proferidos en las hipótesis que aquí se han planteado.

Con estas decisiones se le da al proceso disciplinario, una estructura armónica con el valor preferente que en el moderno constitucionalismo se les reconoce a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

33. No desconoce la Corte que en la sentencia C-004/03, se condicionó la revisión de las sentencias absolutorias o decisiones con efecto equivalente proferidas en procesos por delitos constitutivos de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, a la existencia de un pronun-

ciamiento judicial interno o de una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos aceptada formalmente por nuestro país en la que se haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates.

Ese condicionamiento resulta comprensible dado el carácter de *última ratio* del derecho penal; el alcance de las penas a que hay lugar en él y el valor de cosa juzgada que les asiste a las decisiones que ponen fin al proceso. No obstante, ese condicionamiento no puede aplicarse al caso de la revocatoria de los fallos disciplinarios absolutorios o a las decisiones de archivo de la actuación pues el derecho disciplinario no es un instrumento que opere como razón última para el control de la desviación, ni las sanciones a que en él hay lugar remiten a la restricción de un derecho fundamental como la libertad, ni tampoco las decisiones que en él se profieren, con excepción de las que están a cargo de la jurisdicción disciplinaria, hacen tránsito a cosa juzgada.

Estas particularidades del derecho disciplinario suministran un distinto contexto de análisis para efectos de la determinación de las condiciones en que debe operar la revocatoria de los fallos disciplinarios absolutorios o la decisión de archivo de la actuación y permiten que haya lugar a tal revocatoria prescindiendo de tal exigencia.

Derechos del niño

Comité de los Derechos del Niño
Observación General No. 4 de 2003
La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*

Introducción

1. La Convención sobre los Derechos del Niño define al niño como "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (art. 1). En consecuencia, los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos (art. 5).

2. La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo

---

* Comité de los Derechos del Niño, 33° período de sesiones, 19 de mayo a 6 de junio de 2003.

debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre éstos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad. El período de transición dinámica a la edad adulta es también generalmente un período de cambios positivos inspirados por la importante capacidad de los adolescentes para aprender rápidamente, experimentar nuevas y diversas situaciones, desarrollar y utilizar el pensamiento crítico y familiarizarse con la libertad, ser creativos y socializar.

3. El Comité de los Derechos del Niño observa con inquietud que los Estados Partes no han prestado suficiente atención, en cumplimiento de las obligaciones que les impone la Convención, a las preocupaciones específicas de los adolescentes como titulares de derechos ni a la promoción de su salud y desarrollo. Ésta ha sido la causa de que el Comité adopte la siguiente Observación General para sensibilizar a los Estados Partes y facilitarles orientación y apoyo en sus esfuerzos para garantizar el respeto, protección y cumplimiento de los derechos de los adolescentes, incluso mediante la formulación de estrategias y políticas específicas.

4. El Comité entiende que las ideas de "salud y desarrollo" tienen un sentido más amplio que el estrictamente derivado de las disposiciones contenidas en los artículos 6 (Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo) y 24 (Derecho a la salud) de la Convención. Uno de los principales objetivos de esta observación general es precisamente determinar los principales derechos humanos que han de fomentarse y protegerse para garantizar a los adolescentes el disfrute del más alto nivel posible de salud, el desarrollo de forma equilibrada y una preparación adecuada para entrar en la edad adulta y asumir un papel constructivo en sus comunidades y sociedades en general. Esta observación general deberá ser compatible con la Convención y con sus dos Protocolos Facultativos sobre los derechos del niño, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y sobre la participación de niños en los conflictos armados, así como con otras normas y reglas internacionales pertinentes sobre derechos humanos. Entre ellos figuran el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer..

I. Principios fundamentales y otras obligaciones de los Estados Partes

5. Como reconoció la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993 y repetidamente ha reafirmado el Comité, los derechos del niño son también indivisibles e interdependientes. Además de los artículos 6 y 24, otras disposiciones y principios de la Convención son cruciales para garantizar a los adolescentes el pleno disfrute de sus derechos a la salud y el desarrollo.

El derecho a la no discriminación

6. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño". Deben añadirse también la orientación sexual y el estado salud del niño (con inclusión del VIH/SIDA y la salud mental). Los adolescentes que son objeto de discriminación son más vulnerables a los abusos, a otros tipos de violencia y explotación y su salud y desarrollo corren grandes peligros. Por ello tienen derecho a atención y protección especiales de todos los segmentos de la sociedad.

Orientación adecuada en el ejercicio de los derechos

7. La Convención reconoce las responsabilidades, derechos y obligaciones de los padres (o de cualquier otra persona encargada legalmente del niño) "de impartirle, en consonancia y con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" (art. 5). El Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos. Tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, de acuerdo con su edad y madurez y proporcionarles un entorno seguro y propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse. Los adolescentes necesitan que los miembros de su entorno familiar les reconozcan como titulares activos de derecho que tienen capacidad para convertirse en ciudadanos responsables y de pleno derecho cuando se les facilita la orientación y dirección adecuadas.

Respeto a las opiniones del niño

8. También es fundamental en la realización de los derechos del niño a la salud y el desarrollo, el derecho a expresar su opinión libremente y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones (art. 12). Los Estados Partes necesitan tener la seguridad de que se da a los adolescentes una posibilidad genuina de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afectan, especialmente en el seno de la familia, en la escuela y en sus respectivas comunidades. Para que los adolescentes puedan ejercer debidamente y con seguridad este derecho las autoridades públicas, los padres y cualesquiera otros adultos que trabajen con los niños o en favor de éstos necesitan crear un entorno basado en la confianza, la compartición [sic] de información, la capacidad de escuchar toda opinión razonable que lleve a participar a los adolescentes en condiciones de igualdad, inclusive la adopción de decisiones.

Medidas y procedimientos legales y judiciales

9. El artículo 4 de la Convención establece que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos" en ella. En el contexto de los derechos de los adolescentes a la salud y el desarrollo, los Estados Partes tienen necesidad de asegurar que ciertas disposiciones jurídicas específicas estén garantizadas en derecho interno, entre ellas las relativas al establecimiento de la edad mínima para el consentimiento sexual, el matrimonio y la posibilidad de tratamiento médico sin consentimiento de los padres. Estas edades mínimas deben ser las mismas para los niños y las niñas (art. 2 de la Convención) y reflejar fielmente el reconocimiento de la condición de seres humanos a los menores de 18 años de edad en cuanto titulares de derecho en consonancia con la evolución de sus facultades y en función de la edad y la madurez del niño (arts. 5 y 12 a 17). Además, los adolescentes necesitan tener fácil acceso a los procedimientos de quejas individuales así como a los mecanismos de reparación judicial y no judicial adecuados que garanticen un proceso justo con las debidas garantías, prestando especialmente atención al derecho a la intimidad (art. 16).

Derechos civiles y libertades

10. La Convención define en los artículos 13 a 17 los derechos civiles y las libertades de los niños y adolescentes, que son esenciales para garantizar el derecho a la salud y el desarrollo de los adolescentes. El artículo 17 establece que el niño "tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental". El derecho de los adolescentes a tener acceso a información adecuada es fundamental si los Estados Partes han de promover medidas económicamente racionales, incluso a través de leyes, políticas y programas, con respecto a numerosas situaciones relacionadas con

la salud, como las incluidas en los artículos 24 y 33 relativas a la planificación familiar, la prevención de accidentes, la protección contra prácticas tradicionales peligrosas, con inclusión de los matrimonios precoces, la mutilación genital de la mujer, y el abuso de alcohol, tabaco y otras sustancias perjudiciales.

11. Al objeto de promover la salud y el desarrollo de las adolescentes, se alienta asimismo a los Estados Partes a respetar estrictamente el derecho a la intimidad y la confidencialidad incluso en lo que hace al asesoramiento y las consultas sobre cuestiones de salud (art. 16). Los trabajadores de la salud tienen obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a las adolescentes, teniendo en cuenta principios básicos de la Convención. Esa información sólo puede divulgarse con consentimiento del adolescente o sujeta a los mismos requisitos que se aplican en el caso de la confidencialidad de los adultos. Los adolescentes a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los padres o de otras personas, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial. Protección contra toda forma de abuso, descuido, violencia y explotación Véanse también los informes del Comité sobre los días de debate temático relativo a la violencia contra los niños, celebrados en 2000 y 2001 y las recomendaciones adoptadas al respecto (véase CRC/C/100, cap. V y CRC/C/111, cap.V).

12. Los Estados Partes han de adoptar medidas eficaces para proteger a los adolescentes contra toda forma de violencia, abuso, descuido y explotación (arts. 19, 32 a 36 y 38), dedicando especial atención a las formas específicas de abuso, descuido, violencia y explotación que afectan a este grupo de edad. Deben adoptar concretamente medidas especiales para proteger la integridad física, sexual y mental de los adolescentes impedidos, que son especialmente vulnerables a los abusos y los descuidos. Deben asimismo asegurar que no se considere delincuentes a los adolescentes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados. Para ello es necesario asignar recursos financieros y humanos para promover la

realización de estudios que informen sobre la adopción de leyes, políticas y programas eficaces a nivel local y nacional. Debería procederse periódicamente a un examen de las políticas y estrategias y a su consecuente revisión. Al adoptar estas medidas los Estados Partes han de tener en cuenta la evolución de las facultades de los adolescentes y hacer que participen de forma adecuada en la elaboración de medidas, como son los programas destinados a su protección. En este contexto el Comité hace hincapié en las consecuencias positivas que puede tener la educación interpares y la positiva influencia de los modelos adecuados de comportamiento, especialmente los modelos tomados del mundo de las artes, los espectáculos y los deportes.

Recopilación de datos

13. Es necesaria la recopilación sistemática de datos para que los Estados Partes puedan supervisar la salud y el desarrollo de los adolescentes. Los Estados Partes deberían adoptar un mecanismo de recopilación de datos que permitiera desglosarlos por sexo, edad, origen y condición socioeconómica para poder seguir la situación de los distintos grupos. También se deberían recoger datos y estudiar la situación de grupos específicos como son las minorías étnicas y/o indígenas, los adolescentes migrantes o refugiados, los adolescentes impedidos, los adolescentes trabajadores, etc. Siempre que fuera conveniente, los adolescentes deberían participar en un análisis para entender y utilizar la información de forma que tenga en cuenta la sensibilidad de los adolescentes.

III. [sic] Creación de un entorno sano y propicio

14. La salud y el desarrollo de los adolescentes están fuertemente condicionados por el entorno en que viven. La creación de un entorno seguro y propicio supone abordar las actitudes y actividades tanto del entorno inmediato de los adolescentes –la familia, los otros

adolescentes, las escuelas y los servicios– como del entorno más amplio formado por, entre otros elementos, la comunidad, los dirigentes religiosos, los medios de comunicación y las políticas y leyes nacionales y locales. La promoción y aplicación de las disposiciones, especialmente de los artículos 2 a 6, 12 a 17, 24, 28, 29 y 31, son claves para garantizar el derecho de los adolescentes a la salud y el desarrollo. Los Estados Partes deben adoptar medidas para sensibilizar sobre este particular, estimular y/o establecer medidas a través de la formulación de políticas o la adopción de normas legales y la aplicación de programas específicamente destinados a los adolescentes.

15. El Comité subraya la importancia del entorno familiar, que incluye a los miembros de la familia ampliada y de la comunidad así como a otras personas legalmente responsables de los niños o adolescentes (arts. 5 y 18). Si bien la mayoría de los adolescentes crece en entornos familiares que funcionan debidamente, para algunos la familia no constituye un medio seguro y propicio.

16. El Comité pide a los Estados Partes que elaboren y apliquen de forma compatible con la evolución de las facultades de los adolescentes, normas legislativas, políticas y programas para promover la salud y el desarrollo de los adolescentes: a) facilitando a los padres (o tutores legales) asistencia adecuada a través de la creación de instituciones, establecimientos y servicios que presten el debido apoyo al bienestar de los adolescentes e incluso cuando sea necesario proporcionen asistencia material y programas de apoyo con respecto a la nutrición, el desarrollo y la vivienda (art. 27 3); b) proporcionando información adecuada y apoyo a los padres para facilitar el establecimiento de una relación de confianza y seguridad en las que las cuestiones relativas, por ejemplo, a la sexualidad, el comportamiento sexual y los estilos de vida peligrosos puedan discutirse abiertamente y encontrarse soluciones aceptables que respeten los derechos de los adolescentes (art. 27 3); c) proporcionando a las madres y padres de los adolescentes apoyo y orientación para conseguir el bienestar tanto propio como de sus hijos (art. 24 f), 27 (2-3); d) facilitando el respeto de los valores y normas de las minorías

étnicas y de otra índole, especial atención, orientación y apoyo a los adolescentes y a los padres (o los tutores legales), cuyas tradiciones y normas difieran de las de la sociedad en la que viven; y e) asegurando que las intervenciones en la familia para proteger al adolescente y, cuando sea necesario, apartarlo de la familia, como por ejemplo en caso de abusos o descuidos, se haga de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables. Deberían revisarse esas leyes de procedimientos para asegurar que están de acuerdo con los principios de la Convención.

17. La escuela desempeña una importante función en la vida de muchos adolescentes, por ser el lugar de enseñanza, desarrollo y socialización. El apartado 1 del artículo 29 establece que la educación del niño deberá estar encaminada a "desarrollar la personalidad, las actitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades". Además, en la Observación General No. 1 sobre los propósitos de la educación se afirma que la educación también debe tener por objeto velar "por que ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente topará en su camino". Los conocimientos básicos deben incluir "[…] la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana [y] tener relaciones sociales satisfactorias [...]". Habida cuenta de la importancia de una educación adecuada en la salud y el desarrollo actual y futuro de los adolescentes, así como en la de sus hijos, el Comité insta a los Estados Partes de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención a: a) garantizar una enseñanza primaria de calidad que sea obligatoria y gratuita para todos y una educación secundaria y superior que sea accesible a todos los adolescentes; b) proporcionar escuelas e instalaciones recreativas que funcionen debidamente y no supongan un peligro para la salud de los estudiantes, como por ejemplo la instalación de agua y de servicios sanitarios y el acceso en condiciones de seguridad a la escuela; c) adoptar las medidas necesarias para prevenir y prohibir toda forma de violencia y abuso, incluidos los abusos sexuales, el castigo corporal y otros tratos o

penas inhumanos, degradantes o humillantes en las escuelas por el personal docente o entre los estudiantes; d) iniciar y prestar apoyo a las medidas, actitudes y actividades que fomenten un comportamiento sano mediante la inclusión de los temas pertinentes en los programas escolares.

18. Durante la adolescencia, un número cada vez mayor de jóvenes abandonan la escuela y empiezan a trabajar para ayudar a sus familias o para obtener un salario en el sector estructurado o no estructurado. La participación en actividades laborales de conformidad con las normas internacionales puede ser beneficiosa para el desarrollo de los adolescentes en la medida que no ponga en peligro el disfrute de ninguno de los otros derechos de los adolescentes, como son la salud y la educación. El Comité insta a los Estados Partes a adoptar todas las medidas para abolir todas las formas de trabajo infantil, comenzando por las formas más graves, a proceder al examen continuo de los reglamentos nacionales sobre edades mínimas de empleo al objeto de hacerlas compatibles con las normas internacionales, y a regular el entorno laboral y las condiciones de trabajo de los adolescentes (de conformidad con el artículo 32 de la Convención así como las Convenciones Nos. 138 y 182 de la OIT), al objeto de garantizar su plena protección y el acceso a mecanismos legales de reparación.

19. El Comité subraya asimismo que de conformidad con el párrafo 3 del artículo 23 de la Convención deben tenerse en cuenta los derechos especiales de los adolescentes impedidos y facilitar asistencia para que los niños/adolescentes impedidos tengan acceso efectivo a una enseñanza de buena calidad. Los Estados deben reconocer el principio de igualdad de oportunidades en materia de enseñanza primaria, secundaria y terciaria para los niños/adolescentes impedidos, siempre que sea posible en escuelas normales.

20. Preocupa al Comité que los matrimonios y embarazos precoces constituyan un importante factor en los problemas sanitarios relacionados con la salud sexual y reproductiva, con inclusión del VIH/SIDA. En varios Estados Partes siguen siendo todavía muy bajas tanto la edad mínima legal para el matrimonio como la edad efecti-

va de celebración del matrimonio, especialmente en el caso de las niñas. Estas preocupaciones no siempre están relacionadas con la salud, ya que los niños que contraen matrimonio, especialmente las niñas se ven frecuentemente obligadas a abandonar la enseñanza y quedan al margen de las actividades sociales. Además, en algunos Estados Partes los niños casados se consideran legalmente adultos aunque tengan menos de 18 años, privándoles de todas las medidas especiales de protección a que tienen derecho en virtud de la Convención. El Comité recomienda firmemente que los Estados Partes examinen y, cuando sea necesario, reformen sus leyes y prácticas para aumentar la edad mínima para el matrimonio, con o sin acuerdo de los padres, a los 18 años tanto para las chicas como para los chicos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha hecho una recomendación similar (Observación General No. 21 de 1994).

21. En muchos países las lesiones causadas por accidentes o debidas a la violencia son una de las principales causas de muerte o de discapacidad permanente de los adolescentes. A este respecto preocupan al Comité las lesiones y las muertes producidas por accidentes de tráfico por carretera que afectan a los adolescentes en forma desproporcionada. Los Estados Partes deben adoptar y aplicar leyes y programas para mejorar la seguridad viaria, como son la enseñanza y el examen de conducción a los adolescentes así como la adopción o el fortalecimiento de las normas legales conocidas por ser de gran eficacia, como la obligación de tener un permiso válido de conducir, llevar cinturones de seguridad y cascos y el establecimiento de zonas peatonales.

22. El Comité se muestra asimismo muy preocupado por la elevada tasa de suicidios entre este grupo de edad. Los desequilibrios mentales y las enfermedades psicosociales son relativamente comunes entre los adolescentes. En muchos países están aumentando síntomas tales como la depresión, los desarreglos en la comida y los comportamientos autodestructivos que algunas veces llevan a producirse a sí mismos lesiones y al suicidio. Es posible que estén relacionados con, entre otras causas, la violencia, los malos tratos, los abusos y los descuidos,

con inclusión de los abusos sexuales, las expectativas disparatadamente elevadas y/o la intimidación y las novatadas dentro y fuera de la escuela. Los Estados Partes deberían proporcionar a estos adolescentes todos los servicios necesarios.

23. La violencia es el resultado de una compleja interacción de factores individuales, familiares, comunitarios y societarios. Están especialmente expuestos tanto a la violencia institucional como interpersonal los adolescentes vulnerables, como son los que carecen de hogar o viven en establecimientos públicos, pertenecen a pandillas o han sido reclutados como niños soldados. En virtud del artículo 19 de la Convención, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas adecuadas para impedir y eliminar: a) la violencia institucional contra los adolescentes incluida la ejercida a través de medidas legislativas y administrativas en relación con establecimientos públicos y privados para adolescentes (escuelas, establecimientos para adolescentes discapacitados, reformatorios, etc.) y la formación y supervisión de personal encargado de niños ingresados en establecimientos especializados o que están en contacto con niños en razón de su trabajo, con inclusión de la policía; y b) la violencia interpersonal entre adolescentes, incluido el apoyo a una educación adecuada de los padres y a las oportunidades de desarrollo social y docente en la infancia, la promoción de normas y valores culturales no violentos (como se prevé en el artículo 29 de la Convención), la estricta fiscalización de las armas de fuego y la limitación del acceso al alcohol y las drogas.

24. A la luz de los artículos 3, 6, 12, 19 y el párrafo 3 del artículo 24 de las observaciones los Estados Partes están obligados a adoptar todas las medidas eficaces para eliminar cuantos actos y actividades amenacen al derecho a la vida de los adolescentes, incluidas las muertes por cuestiones de honor. El Comité insta vivamente a los Estados Partes a que elaboren y realicen campañas de sensibilización, programas de educación y leyes encaminadas a cambiar las actitudes predominantes y a abordar las funciones y los estereotipos en relación con el género que inspiran las prácticas tradicionales perjudiciales. Además, los Estados Partes deben facilitar el estableci-

miento de información multidisciplinaria y prestar asesoramiento a los centros respecto a los aspectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales, como son los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer.

25. El Comité se muestra preocupado por la influencia ejercida en los comportamientos de salud de los adolescentes por la comercialización de productos y estilos de vida malsanos. De acuerdo con el artículo 17 de la Convención, se insta a los Estados Partes a proteger a los adolescentes contra la información que sea dañosa a su salud y desarrollo recalcando su derecho a información y material de distintas fuentes nacionales e internacionales. Se insta en consecuencia a los Estados Partes a reglamentar o prohibir la información y la comercialización relativa a sustancias como el alcohol y el tabaco, especialmente cuando están dirigidas a niños y adolescentes Como se propone en el Convenio Marco para el Control del Tabaco (2003) de la Organización Mundial de la Salud.

IV. Información, desarrollo de aptitudes, asesoramiento y servicios de salud

26. Los adolescentes tienen derecho a acceder a información adecuada que sea esencial para su salud y desarrollo así como para su capacidad de tener una participación significativa en la sociedad. Es obligación de los Estados Partes asegurar que se proporciona, y no se les niega, a todas las chicas y chicos adolescentes, tanto dentro como fuera de la escuela, formación precisa y adecuada sobre la forma de proteger su salud y desarrollo y de observar un comportamiento sano. Debería incluir información sobre el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, los comportamientos sociales y sexuales sanos y respetuosos, las dietas y las actividades físicas.

27. Al objeto de actuar adecuadamente sobre la base de la información, los adolescentes necesitan desarrollar las aptitudes necesarias, con inclusión de las dedicadas a su propio cuidado como son la forma de planificar y preparar comidas nutricionalmente equilibra-

das y de adoptar hábitos higiénicos y personales adecuados, así como las aptitudes para hacer frente a situaciones sociales especiales tales como la comunicación interpersonal, la adopción de decisiones, la lucha contra las tensiones y los conflictos. Los Estados Partes deberían estimular y prestar apoyo a toda oportunidad de desarrollar estas aptitudes mediante, entre otros procedimientos, la educación escolar y no escolar, los programas de capacitación de las organizaciones juveniles y los medios de comunicación.

28. A la luz de los artículos 3, 17 y 24 de la Convención, los Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores. Es fundamental encontrar los medios y métodos adecuados de facilitar información apropiada que tenga en cuenta las particularidades y los derechos específicos de las chicas y chicos adolescentes. Para ello se alienta a los Estados Partes a que consigan la participación activa de los adolescentes en la preparación y difusión de información a través de una diversidad de canales fuera de la escuela, con inclusión de las organizaciones juveniles, los grupos religiosos, comunitarios y de otra índole y los medios de comunicación.

29. En el artículo 24 de la Convención, se pide a los Estados Partes que proporcionen tratamiento y rehabilitación adecuados a los adolescentes con perturbaciones mentales para que la comunidad conozca los primeros indicios y síntomas y la gravedad de estas enfermedades y sea posible proteger a los adolescentes de indebidas presiones, como la tensión psicosocial. Se insta asimismo a los Estados Partes a luchar contra la discriminación y el estigma que acompañan a las perturbaciones mentales de acuerdo con sus obligaciones en el marco del artículo 2. Los adolescentes con perturbaciones mentales tienen derecho a tratamiento y atención, en la medida

de lo posible, en la comunidad en la que viven. Cuando sea necesaria la hospitalización o el internamiento en un establecimiento psiquiátrico, la decisión debe ser adoptada de conformidad con el principio del interés superior del niño. En caso de ingreso en un hospital o asilo, debe concederse al paciente el máximo posible de oportunidades para disfrutar de todos sus derechos que le son reconocidos en la Convención, entre ellos los derechos a la educación y a tener acceso a actividades recreativas (para mayor orientación sobre este tema, véanse los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, Resolución de la Asamblea General 46/119, del 17 de diciembre de 1991, anexo). Siempre que se considere adecuado, los adolescentes deben estar separados de los adultos. Los Estados Partes tienen que asegurar que los adolescentes tienen acceso a un representante personal que no sea un miembro de su familia, para que represente sus intereses siempre que sea necesario y adecuado (véanse en especial los principios 2, 3 y 7). De conformidad con el artículo 25 de la Convención, los Estados Partes deben efectuar un examen periódico del tratamiento que se da a los adolescentes en los hospitales o establecimientos psiquiátricos.

30. Los adolescentes, ya sean niñas o niños, corren el peligro de sufrir el contagio y las consiguientes consecuencias de ETS, como es por ejemplo el VIH/SIDA (para más orientaciones sobre esta cuestión, véase la Observación General No. 3 (2003) sobre VIH/SIDA y los derechos del niño). Los Estados deberían garantizar la existencia y fácil acceso a los bienes, servicios e información adecuados para prevenir y tratar estas infecciones, incluido el VIH/SIDA. Con este fin, se insta a los Estados Partes a: a) elaborar programas de prevención efectiva, entre ellas medidas encaminadas a cambiar las actitudes culturales sobre las necesidades de los adolescentes en materia de contracepción y de prevención de estas infecciones y abordar tabúes culturales y de otra índole que rodean la sexualidad de los adolescentes; b) adoptar normas legislativas para luchar contra las prácticas que o bien aumentan el riesgo de infección de los adolescentes o contribuyen a la marginalización de los adolescentes que

tienen ya una ETS, con inclusión del VIH; y c) adoptar medidas para eliminar todas los obstáculos que impiden el acceso de los adolescentes a la información y a las medidas preventivas, como los preservativos y la adopción de precauciones.

31. Los niños y adolescentes deben tener acceso a la información sobre el daño que puede causar un matrimonio y un embarazo precoces y las que estén embarazadas deberían tener acceso a los servicios de salud que sean adecuados a sus derechos y necesidades particulares. Los Estados Partes deben adoptar medidas para reducir la morbimortalidad materna y la mortalidad de las niñas adolescentes, producida especialmente por el embarazo y las prácticas de aborto peligrosas, y prestar apoyo a los padres de las adolescentes. Las jóvenes madres, especialmente cuando no disponen de apoyo, pueden ser propensas a la depresión y a la ansiedad, poniendo en peligro su capacidad para cuidar de su hijo. El Comité insta a los Estados Partes a: a) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia; b) promover las actitudes positivas y de apoyo a la maternidad de las adolescentes por parte de sus madres y padres; y c) elaborar políticas que permitan continuar su educación.

32. Antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del "interés superior del niño" (art. 3).

33. Por lo que respecta a la intimidad y a la confidencialidad y a la cuestión conexa del consentimiento fundamentado al tratamiento, los Estados Partes deben: a) promulgar leyes o dictar reglamentos para que se proporcione a los adolescentes asesoramiento

confidencial sobre el tratamiento, al objeto de que puedan prestar el consentimiento con conocimiento de causa. En dichas leyes o reglamentos deberá figurar la edad requerida para ello o hacer referencia a la evolución de las facultades del niño; y b) proporcionar capacitación al personal de salud sobre los derechos de los adolescentes a la intimidad y la confidencialidad y a ser informados sobre el tratamiento previsto y a prestar su consentimiento fundamentado al tratamiento.

V. Vulnerabilidad y riesgos

34. Para garantizar el respeto de los derechos de los adolescentes a la salud y el desarrollo deben tenerse en cuenta tanto los comportamientos individuales como los factores ambientales que aumentan los riesgos y su vulnerabilidad. Los factores ambientales como los conflictos armados o la exclusión social aumentan la vulnerabilidad de los adolescentes a los abusos, a otras formas de violencia y a la explotación, limitando de esa forma gravemente la capacidad de los adolescentes para elegir comportamientos individuales sanos. Por ejemplo, la decisión de tener relaciones sexuales sin protección aumenta el riesgo del adolescente a una mala salud.

35. De conformidad con el artículo 23 de la Convención, los adolescentes que estén mental o físicamente impedidos tienen igualmente derecho al más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados Partes tienen la obligación de proporcionar a los adolescentes impedidos los medios necesarios para el ejercicio de sus derechos [de acuerdo con las] Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de las Naciones Unidas. Los Estados Partes deben: a) proporcionar instalaciones, bienes y servicios sanitarios que sean accesibles a todos los adolescentes con discapacidades y conseguir que esas instalaciones y servicios promuevan su autoconfianza y su participación activa en la comunidad; b) asegurar la disponibilidad del necesario apoyo en forma de equipo y personal para permitirle que puedan desplazarse, parti-

cipar y comunicar; c) prestar específica atención a las necesidades especiales relativas a la sexualidad de los adolescentes impedidos; y d) eliminar los obstáculos que impiden a los adolescentes con discapacidades el ejercicio de sus derechos.

36. Los Estados Partes han de dispensar especial protección a los adolescentes sin hogar incluso a los que trabajan en el sector no estructurado. Los adolescentes sin hogar son especialmente vulnerables a la violencia, los abusos y la explotación sexual de los demás, a los comportamientos de autodestrucción, al consumo indebido de sustancias tóxicas y a las perturbaciones mentales. Pide a este respecto a los Estados Partes que: a) elaboren políticas y promulguen y hagan cumplir leyes que protejan a esos adolescentes contra la violencia, por ejemplo, por medio de los funcionarios encargados de aplicar la ley; b) que elaboren estrategias para proporcionar una educación adecuada y el acceso a la atención de salud, así como oportunidades para el desarrollo de su destreza para ganarse la vida.

37. Los adolescentes que están explotados sexualmente, por ejemplo, mediante la prostitución y la pornografía, se encuentran expuestos a importantes riesgos de salud como son las ETS, el VIH/SIDA, los embarazos no deseados, los abortos peligrosos, la violencia y los agotamientos psicológicos. Tienen derecho a la recuperación física y psicológica y a la reinserción social en un entorno que fomente su salud, el respeto de sí mismo y su dignidad (art. 39). Es obligación de los Estados Partes promulgar y hacer cumplir leyes que prohíban toda forma de explotación sexual y del tráfico con ella relacionado; y colaborar con otros Estados Partes para eliminar el tráfico entre países; y proporcionar servicios adecuados de salud y asesoramiento a los adolescentes que han sido sexualmente explotados, asegurando que se les trata como víctimas y no como delincuentes.

38. Además, pueden ser especialmente vulnerables los adolescentes que padecen pobreza, son víctimas de los conflictos armados, de cualquier forma de injusticia, crisis familiar, inestabilidad política, social y económica y de toda clase de migraciones. Esas situaciones pueden constituir un grave obstáculo a su salud y desa-

rrollo. Mediante fuertes inversiones en políticas y medidas preventivas, los Estados Partes pueden reducir profundamente los niveles de vulnerabilidad y los factores de riesgo, y proporcionar también medios poco costosos a la sociedad para que ayude a los adolescentes a conseguir un desarrollo armónico en una sociedad libre.

VI. Naturaleza de las obligaciones de los Estados

39. En el cumplimiento de sus obligaciones en relación con la salud y el desarrollo de los adolescentes, los Estados Partes tendrán siempre plenamente en cuenta los cuatro principios de la Convención. Es opinión del Comité que los Estados Partes tienen que tomar todo tipo de medidas adecuadas de orden legislativo, administrativo o de otra índole para dar cumplimiento y supervisar los derechos de los adolescentes a la salud y el desarrollo, como se reconoce en la Convención. Con este fin, los Estados Partes deben cumplir en especial las siguientes obligaciones:

a) Crear un entorno seguro y propicio para los adolescentes, incluso en el seno de la familia, en las escuelas, y en todo tipo de establecimientos en los que vivan, en el lugar del trabajo y/o en la sociedad en general;
b) Garantizar el acceso de los adolescentes a la información que sea esencial para su salud y desarrollo y la posibilidad de que participen en las decisiones que afectan a su salud (en especial mediante un consentimiento fundamentado y el derecho a la confidencialidad), la adquisición de experiencia, la obtención de información adecuada y apropiada para su edad y la elección de comportamientos de salud adecuados;
c) Garantizar que todos los adolescentes puedan disponer de instalaciones, bienes y servicios sanitarios con inclusión de servicios sustantivos y de asesoramiento en materia de salud mental, sexual y reproductiva de cualidad apropiada y adaptados a los problemas de los adolescentes;

d) Garantizar que todas las niñas y niños adolescentes tienen la oportunidad de participar activamente en la planificación y programación de su propia salud y desarrollo;
e) Proteger a los adolescentes contra toda forma de trabajo que pueda poner en peligro el ejercicio de sus derechos, especialmente prohibiendo toda forma de trabajo infantil y reglamentando el entorno laboral y las condiciones de trabajo de conformidad con las normas internacionales;
f) Proteger a los adolescentes contra toda forma de lesiones deliberadas o no, con inclusión de las producidas por la violencia y los accidentes del tráfico por carretera;
g) Proteger a los adolescentes contra las prácticas tradicionales perjudiciales, como son los matrimonios precoces, las muertes por cuestiones de honor y la mutilación genital femenina;
h) Asegurar que se tienen plenamente en cuenta a los adolescentes pertenecientes a grupos especialmente vulnerables en el cumplimiento de todas las obligaciones antes mencionadas;
i) Aplicar medidas para la prevención de las perturbaciones mentales y la promoción de la salud mental en los adolescentes.

40. Señala a la atención de los Estados Partes la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la que se dice que:

> los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

41. De conformidad con los artículos 24, 39 y otras disposiciones conexas de la Convención, los Estados Partes deben proporcio-

nar servicios de salud que estén adecuados a las especiales necesidades y derechos humanos de todos los adolescentes, prestando atención a las siguientes características:

a) *Disponibilidad*. La atención primaria de salud debe incluir servicios adecuados a las necesidades de los adolescentes, concediendo especial atención a la salud sexual y reproductiva y a la salud mental.

b) *Accesibilidad*. Deben conocerse las instalaciones, bienes y servicios de salud y ser de fácil acceso (económica, física y socialmente) a todos los adolescentes sin distinción alguna. Debe garantizarse la confidencialidad cuando sea necesaria.

c) *Aceptabilidad*. Además de respetar plenamente las disposiciones y principios de la Convención, todas las instalaciones, bienes y servicios sanitarios deben respetar los valores culturales, las diferencias entre los géneros, la ética médica y ser aceptables tanto para los adolescentes como para las comunidades en que viven.

d) *Calidad*. Los servicios y los bienes de salud deben ser científica y médicamente adecuados para lo cual es necesario personal capacitado para cuidar de los adolescentes, instalaciones adecuadas y métodos científicamente aceptados.

42. Los Estados Partes deben adoptar, siempre que sea factible, un enfoque multisectorial para promover y proteger la salud y el desarrollo de los adolescentes, facilitando las vinculaciones y las asociaciones efectivas y sostenibles entre todos los actores importantes. A nivel nacional, el enfoque impone una colaboración y una coordinación estrechas y sistemáticas dentro del gobierno, así como la necesaria participación de todas las entidades gubernamentales pertinentes. Deben alentarse asimismo los servicios públicos de salud y de otro tipo utilizados por los adolescentes y ayudarles en la búsqueda de colaborar, por ejemplo, con los profesionales privados y/o tradicionales, las asociaciones profesionales, las farmacias y las organizaciones que proporcionen servicios a los grupos de adolescentes vulnerables.

43. Ningún enfoque multisectorial a la promoción y protección de la salud y el desarrollo de los adolescentes será efectivo sin cooperación internacional. Por consiguiente, los Estados Partes deben buscar, cuando lo consideren adecuado, la cooperación con los organismos especializados, los programas y órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones no gubernamentales internacionales y los organismos de ayuda bilateral, las asociaciones profesionales internacionales y otros actores no estatales.

Derechos de las personas privadas de la libertad

Corte Constitucional
Sentencia T-851 de 2004
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
2 de septiembre de 2004

II. Consideraciones y Fundamentos [...]

2. Problemas jurídicos a resolver [...]

Advierte la Sala de entrada que para resolver estos problemas jurídicos existe una copiosa jurisprudencia constitucional, con base en la cual se procederá a adoptar la medida a la que haya lugar. Adicionalmente, el derecho internacional de los derechos humanos proporciona importantes guías sobre las obligaciones mínimas del Estado colombiano en relación con la población carcelaria, las cuales son vinculantes en el orden interno por virtud del artículo 93 de la Carta, y en consecuencia también deberán ser brevemente repasadas por la Sala.

3. Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. Obligaciones estatales en la materia. Recapitulación de las reglas constitucionales, internacionales y jurisprudenciales relevantes

Son numerosos los instrumentos internacionales que se ocupan de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier for-

ma de privación de la libertad. Así mismo, ha sido copiosa la jurisprudencia constitucional colombiana sobre el particular, en desarrollo de las disposiciones de la Carta Política sobre derechos fundamentales. Vale notar que dicha jurisprudencia recoge, en lo esencial, las reglas que han sido reconocidas a nivel legal en el régimen penitenciario vigente. A continuación, la Sala enunciará en forma sintética las reglas internacionales, constitucionales y jurisprudenciales relevantes para resolver los problemas jurídicos planteados por la acción de tutela de la referencia.

3.1. Las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que impone especiales deberes al Estado.

Así lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[1] y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha deducido de tal condición de especial vulnerabilidad una relación de especial sujeción[2] entre el recluso y el Estado, en virtud de la cual éste debe actuar positivamente para garantizar la satisfacción de los derechos fundamentales no sujetos a restricciones legítimas por la medida privativa de la libertad. En la sentencia T-153 de 1998 se explicó que:

> los reclusos se encuentran vinculados con el Estado por una especial relación de sujeción. Ello significa que este último puede exigirle a los internos el sometimiento a un conjunto de condiciones que comportan

---

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21, "Trato humano de las personas privadas de su libertad (artículo 10)".

2 Sobre el punto del estado de sujeción especial de los reclusos frente al Estado ver, entre otras, las sentencias T-596 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; C-318 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-705 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-706 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-714 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-966 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

precisamente la suspensión y restricción de distintos derechos fundamentales, condiciones sobre las cuales debe añadirse que deben ajustarse a las prescripciones del examen de proporcionalidad.[3]

3.2. El pilar central de la relación entre el Estado y la persona privada de la libertad es el respeto por la dignidad humana.

Esta regla fundamental consta expresamente en el artículo 10-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". De allí ha deducido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –intérprete autorizado del Pacto– una serie de consecuencias de gran importancia, contenidas en la Observación General No. 21 sobre el trato humano de las personas privadas de la libertad,[4] a saber: i) todas las personas privadas de la libertad deberán ser tratadas en forma humana y digna, independientemente del tipo de detención al cual estén sujetas, del tipo de institución en la cual estén recluidas;[5] ii) los Estados adquieren obligaciones positivas en virtud del artículo 10-1 del Pacto, en el sentido de propugnar por que no se someta a las personas privadas de la libertad a mayores penurias o limitaciones de sus derechos que las legítimamente derivadas de la

---

[3] Sobre el punto del estado de sujeción especial de los reclusos frente al Estado ver, entre otras, las sentencias T-596 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; C-318 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-705 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-706 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-714 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[4] Ver supra, nota 1.

[5] Expresa el Comité: "2. El párrafo 1 del artículo 10 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y autoridad del Estado e internadas en prisiones, hospitales..., campos de detención, instituciones correccionales o en otras partes. Los Estados Partes deben asegurarse que el principio en él estipulado se observe en todas las instituciones y establecimientos bajo su jurisdicción en donde las personas están internadas."

medida de detención correspondiente;[6] y iii) por tratarse de una "norma fundamental de aplicación universal", la obligación de tratar a los detenidos con humanidad y dignidad no puede estar sujeta, en su cumplimiento, a la disponibilidad de recursos materiales, ni a distinciones de ningún tipo.[7]

Una disposición similar se encuentra en el artículo 5-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el cual "[...] toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Según ha explicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Knights y otros contra Jamaica, esta disposición es una de las "normas mínimas" que "se aplican sin tener en cuenta la naturaleza del comportamiento por el cual la persona en cuestión ha sido encarcelada independentemente del nivel de desarrollo del Estado [...]".

---

6 Expresa el Comité: "3. El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de la libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión."

7 Expresa el Comité: "4. Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún género [...]"

3.3. Las personas privadas de la libertad son titulares de todos los derechos constitucionales, sujetos a las restricciones legítimas derivadas de la medida privativa de la libertad correspondiente.

La Corte Constitucional ha precisado que la privación de la libertad implica la suspensión absoluta de algunos derechos, pero no implica la restricción de los demás; según se señaló en la sentencia T-966 de 2000,[8]

> algunos derechos, como la libertad personal o la libre locomoción, se encuentran absolutamente limitados a partir de la captura. No obstante, otro grupo de derechos, como el derecho a la intimidad personal y familiar y los de reunión y asociación, pese a que pueden llegar a ser fuertemente limitados, nunca podrán ser completamente suspendidos. Por último, la persona, no importa su condición o circunstancia, está protegida por un catálogo de derechos que no pueden ser objeto de restricción jurídica durante la reclusión. Se trata de derechos como el derecho a la vida, a la integridad personal o a la libertad de conciencia.[9]

Esta doctrina fue precisada con mayor detalle en la sentencia T-153 de 1998, en los siguientes términos:

> 40. En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que és-

---

8 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 La Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre los derechos y los deberes de las personas recluidas así como sobre el alcance de las competencias de las autoridades penitenciarias. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-424 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz; T-522 de 1992, (M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-596 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; T-219 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-273 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-388 de 1993, M. P. Hernando Herrera; T- 437 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-420 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-705 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

tos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos. Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular.[10] Lo mismo cabe aseverar acerca del derecho a la presunción de inocencia, el cual, aun cuando no imposibilita la expedición de medidas de aseguramiento, sí obliga a los jueces a justificar en cada caso la orden de detención precautelativa, y a la administración a mantener separados a los sindicados y a los condenados.

El hecho de que ciertos derechos de los reclusos no están sujetos a limitaciones legítimas, tales como la vida, la integridad personal y la salud, también ha sido resaltado por los organismos internacionales de derechos humanos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que "es uno de los más importantes predicados de la responsabilidad internacional de los Estados en relación con los derechos humanos el velar por la vida y la integridad

---

[10] Sobre el tema de los derechos de los reclusos véanse, entre otras, las sentencias T-424 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz; T-522 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-596 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; T-219 de 1993, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-273 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-388 de 1993, M. P. Hernando Herrera; T- 437 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-420 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-705 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

física y mental de las personas bajo su custodia";[11] por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha explicado que "la obligación de tratar a las personas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano comprende, entre otras cosas, la prestación de cuidados médicos adecuados",[12] y que "incumbe a los Estados garantizar el derecho a la vida de los detenidos y no a éstos solicitar protección. [...] Corresponde al Estado Parte, mediante la organización de sus centros de detención, tener un conocimiento razonable del estado de salud de los detenidos. La falta de medios financieros no puede atenuar esa responsabilidad".[13] La obligación estatal de preservar, sin limitaciones, los derechos de los reclusos a la vida, a la integridad personal y a la salud también ha sido recalcada en las sentencias T-535 de 1998, T-606 de 1998 y T-257 de 2000 de esta Corporación.

La Corte Constitucional también ha explicado que toda limitación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad debe ser proporcional a la finalidad de la medida privativa de la libertad: […]

> en consecuencia, para que una determinada restricción resulte legítima, será necesario que persiga, bien la resocialización del interno, ora la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento de reclusión. Adicionalmente, la restricción debe ser necesaria, adecuada y estrictamente proporcionada a la finalidad que pretende cumplir. En consecuencia, a pesar de la discrecionalidad con que cuentan las autoridades encargadas de administrar y dirigir las cárceles, sus atribuciones encuentran un límite en la prohibición constitucional de la arbitrariedad (CP, arts. 1°, 2°, 123 y 209) y, por lo tanto, deben sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad

---

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Tames c. Brasil, 1999, párr. 39.

12 Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5.7, 1991.

13 Comité de Derechos Humanos, caso Lantsova c. la Federación de Rusia, párr. 9.2, 2002.

mencionados. En este sentido, la Corte ha sido enfática al indicar que la necesaria discrecionalidad para el manejo de ciertos asuntos no puede servir de pretexto para la comisión de actos arbitrarios, desproporcionados o irracionales que lesionen los derechos de la población reclusa.[14,15]

Por último, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la condición de reclusión de una persona impone al Estado ciertos deberes especiales, en el sentido de promover la efectividad de los derechos fundamentales del detenido:

[…] la reclusión de una persona en un establecimiento carcelario o penitenciario, le impone al Estado una serie de deberes especiales directamente encaminados a hacer efectivos los derechos de que goza el sujeto recluido. De otra manera, tales derechos no pasarían de ser declaraciones retóricas sin ninguna eficacia. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha indicado que "el Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquellos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos –como ocurriría en el caso de la libertad religiosa–, sino también –y de manera especial– que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc. Esta conclusión se deriva de la misma relación especial de sujeción de los penados frente al Estado, y del hecho de que las condiciones que se imponen a los reclusos les impide que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas, cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna".[16,17] En suma, la reclusión de una

---

14 Sobre la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad puede consultarse, entre otras, la sentencia C-318/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

15 Sentencia T-966 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

16 Acerca de los deberes especiales del Estado para con los reclusos véanse, entre otras, las sentencias T-522 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballe-

persona apareja el surgimiento de una serie de deberes especiales a cargo del Estado –a los que corresponden derechos a favor de la persona recluida–, a fin de que el interno pueda realizar efectivamente los derechos que no le han sido formalmente suspendidos ni limitados, pero cuyo ejercicio resulta imposible sin la colaboración activa del Estado.[18]

3.4. Existe un contenido mínimo de las obligaciones estatales frente a las personas privadas de la libertad que es de imperativo cumplimiento, independientemente de la gravedad de la conducta por la cual se ha privado a la persona de la libertad, y del nivel de desarrollo socioeconómico del Estado.

El contenido más básico de las obligaciones internacionales del Estado frente a las personas privadas de su libertad, es decir, el *mínimo* que debe satisfacer el Estado para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los reclusos, ha sido precisado en varias oportunidades por los organismos de derechos humanos competentes, cuyo criterio ha sido recogido por esta Corte y será aplicado en la presente oportunidad. En general, estos organismos han hecho referencia a disposiciones específicas de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos –que fueron producidas al interior de las Naciones Unidas en la década de los años 50 y desde entonces han sido adoptadas como criterio guía de cardinal importancia para determinar el contenido básico de los deberes estatales en este campo–.

Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha sintetizado así el núcleo más básico de los derechos de los reclusos:

---

ro; T-374 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-388 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-420 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-741 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Sentencia T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Sentencia T-966 de 2000 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

> [...] todo recluso debe disponer de una superficie y un volumen de aire mínimos, de instalaciones sanitarias adecuadas, de prendas que no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes, de una cama individual y de una alimentación cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas. Debe hacerse notar que son estos requisitos mínimos, que en opinión del Comité, deben cumplirse siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer difícil el cumplimiento de esas obligaciones.[19]

En el mismo caso, el Comité de Derechos Humanos enumeró como los mínimos a satisfacer en todo tiempo por los Estados, aquellos contenidos en las reglas 10, 12, 17, 19 y 20 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que establecen, en su orden, i) el derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos,[20] ii) el derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana,[21] iii) el derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal,[22] iv) el derecho de los reclusos

---

19 Comité de Derechos Humanos, caso de Mukong c. Camerún, 1994, párr. 9.3.

20 Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 10: "Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación".

21 Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 12: "Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente".

22 Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 17. "1) Todo recluso a quien no se permita vestir sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para mantenerle en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes. 2) Todas las prendas deberán estar limpias y mantenidas en buen estado. La ropa interior se cambiará y lavará con la frecuencia necesaria para mantener la higiene. 3) En circunstancias excepcionales, cuando el recluso se aleje del establecimiento para fines autorizados, se le permitirá que use sus propias prendas o vestidos que no llamen la atención".

a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas,[23] y v) el derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable suficientes y adecuadas.[24] En la misma providencia, el Comité notó que estos mínimos deben ser observados, "cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado Parte de que se trate".

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha añadido a la anterior enumeración de los mínimos a satisfacer por los Estados, aquellos contenidos en las reglas Nos. 11, 15, 21, 24, 25, 31, 40 y 41 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas,[25] que se refieren en su orden a, vi) la adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión,[26] vii) la provisión de los implementos necesarios para el debido aseo personal de los presos,[27] viii) el derecho de los reclusos a practicar, cuando ello sea posible, un ejercicio

---

[23] Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 19: "Cada recluso dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza".

[24] Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 20: "1) Todo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas. 2) Todo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite".

[25] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, casos de Thomas (J) c. Jamaica, párr. 133, 2001; Baptiste c. Grenada, párr. 136, 2000; Knights c. Grenada, párr. 127, 2001; y Edwards contra Barbados, párr. 195, 2001.

[26] Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 11: "En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar: a) las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial; b) la luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista".

[27] Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 15: "Se exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza".

diariamente al aire libre,[28] ix) el derecho de los reclusos a ser examinados por médicos a su ingreso al establecimiento y cuando así se requiera,[29] x) el derecho de los reclusos a recibir atención médica constante y diligente,[30] xi) la prohibición de las penas corporales y demás penas crueles, inhumanas o degradantes,[31] xii) el derecho de los reclusos a acceder a material de lectura,[32] y xiii) los derechos religiosos de los reclusos.[33]

---

[28] Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos, No. 21: "1) El recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre. 2) Los reclusos jóvenes y otros cuya edad y condición física lo permitan, recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello, se pondrá a su disposición el terreno, las instalaciones y el equipo necesario".

[29] Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, No. 24: "El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo. [...]"

[30] Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, No. 25: "1) El médico estará de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención. 2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión".

[31] Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, No. 31: "Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias".

[32] Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, No. 40: "Cada establecimiento deberá tener una biblioteca para el uso de todas las categorías de reclusos, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos. Deberá instarse a los reclusos a que se sirvan de la biblioteca lo más posible".

[33] Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, No. 41: "1) Si el establecimiento contiene un número suficiente de reclusos que pertenezcan a una

3.5. Las autoridades no pueden perder de vista que el fin de la pena es la resocialización del infractor.

El artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". El Comité de Derechos Humanos ha precisado el contenido de esta disposición en su Observación General No. 21, anteriormente citada, al explicar que "ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso". En consecuencia, en múltiples oportunidades la Corte ha resaltado la importancia que tienen la educación y el trabajo para las personas privadas de la libertad, por constituir los medios por excelencia para el logro de la resocialización que persigue la medida punitiva.[34] Por ejemplo, en la sentencia T-153 de 1998, la Corte precisó que:

> el análisis del sistema penitenciario debe siempre girar en torno de la pregunta sobre si éste cumple con la función resocializadora, a la cual se debe fundamentalmente. Sobre este punto es importante señalar que la labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social. Como bien lo señaló esta Corpora-

misma religión, se nombrará o admitirá un representante autorizado de ese culto. Cuando el número de reclusos lo justifique, y las circunstancias lo permitan, dicho representante deberá prestar servicio con carácter continuo. 2) El representante autorizado nombrado o admitido conforme al párrafo 1 deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales particulares a los reclusos de su religión. 3) Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión. Y, a la inversa, cuando un recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar en absoluto su actitud".

[34] Véanse, entre otras, las sentencias T-718 de 1999, T-601 de 1992 y T-009 de 1993.

ción en su sentencia C-261 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, "la idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o sus consecuencias, desocializadoras. El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización [...] La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer ese desarrollo".

3.6. La reclusión prolongada de personas en las salas de retención transitoria de las estaciones de policía y otras instituciones, por más del tiempo legalmente permitido, es contraria a los postulados más básicos del orden constitucional.

En varias oportunidades, esta Corte ha considerado que la detención prolongada de personas en las salas de retención transitoria de las estaciones de policía y de instituciones similares, más allá del tiempo máximo autorizado en la ley para este efecto, constituye una violación de los derechos fundamentales de las personas detenidas. Por ejemplo, en la sentencia T-847 de 2000, la Corte se enfrentó a un problema similar al que ocupa la atención de la Sala, en relación con la reclusión prolongada de cientos de personas en las salas de retención de la policía y los organismos de seguridad, en condiciones bajo las cuales, precisó la Corte, "la pérdida de la libertad se convierte en tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los que están proscritos de acuerdo con el artículo 12 de la Carta Política":

[…] Pero si a semejante situación se le añade que no hay patio donde salir a ejercitarse y recibir algo de luz solar, que no hay lugar adecuado para recibir la visita conyugal y la de los familiares y amigos, o para entrevistarse con el defensor, que no existe una dependencia de sanidad a donde ser conducido, y que la infraestructura sanitaria y alimentaria no está diseñada para atender las necesidades de una larga estadía, ni existe posibilidad alguna de trabajo o estudio, entonces los sindicados y conde-

nados que permanecen en las sobrepobladas salas de retenidos, vienen a ser conscientes de que toda mala situación puede empeorar, y no sólo añoran, sino que reivindican esas condiciones inhumanas y degradantes de las cárceles, como lo hacen en este proceso, a través del Defensor del Pueblo, treinta y cinco (35) detenidos (folios 2-3 del primer cuaderno).
[…] Debe señalarse al respecto que las funciones carcelaria y penitenciaria no están asignadas a la Policía Nacional, ni al DAS, ni a la DIJIN, ni a la SIJIN, ni al CTI, sino al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), el que actúa en relación directa con la Fiscalía General de la Nación, los jueces penales y los jueces de ejecución de penas. Precisamente porque no les están asignadas esas funciones, y en este caso está acreditado que las vienen cumpliendo, la conclusión a la que debe arribar el juez de amparo es contraria a la que adoptó el Tribunal Superior de Bogotá. Resulta claro que esas instituciones sí violan la Carta Política, y los derechos de las personas sindicadas y condenadas que permanecen detenidas en sus salas de retenidos, en casos como el que se revisa, en los que se verifica que organismos a los que no se asignaron determinadas funciones las vienen cumpliendo, de manera tan precaria, que no pueden brindar a los internos el trato digno que se les debe dar, ni las oportunidades a que tienen derecho.

[…] Por tanto, en la parte resolutiva de esta providencia, no sólo se debe señalar que las instituciones a las que se viene haciendo referencia violaron los derechos de los detenidos a cuyo nombre interpuso la tutela el Defensor del Pueblo, sino que, además, se les debe prevenir, en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 para que se abstengan de volver a recibir y mantener en sus salas de retenidos a personas que ya han sido vinculadas a procesos penales en su contra, o quienes han sido condenadas, so pena de las sanciones contempladas en el estatuto mencionado para el desacato.

[…] La Policía Nacional, el DAS, la DIJIN, la SIJIN y el CTI, son entes administrativos diferentes al INPEC, a los que no han sido asignadas las funciones penitenciarias y carcelarias de este último; en consecuencia, en sus salas de retenidos sólo deben permanecer las personas hasta

> por un máximo de treinta y seis (36) horas, mientras son puestas nuevamente en libertad o se ponen a disposición de la autoridad judicial competente. Así, esas dependencias no cuentan con las facilidades requeridas para atender a las condiciones mínimas de vida que deben garantizarse en las cárceles: alimentación, visitas, sanidad, seguridad interna para los detenidos con distintas calidades, etc.; como las personas no deben permanecer en esas salas de retenidos por lapsos mayores al mencionado, la precaria dotación de las Estaciones de Policía y sedes de los otros organismos de seguridad, no representan un peligro grave para los derechos fundamentales de quienes son llevados allí de manera eminentemente transitoria; pero si la estadía de esas personas se prolonga por semanas, meses y años, el Estado que debe garantizarles unas condiciones dignas, necesariamente faltará a tal deber, y el juez de amparo que verifique tal irregularidad debe otorgar la tutela y ordenar lo que proceda para ponerle fin.

En este mismo sentido, en la sentencia T-1077 de 2001,[35] se explicó que:

> […] las salas de detenidos de las estaciones de policía, la DIJIN, la SIJIN, etc. cumplen una función transitoria de retención de los capturados, mientras son dejados a disposición de las autoridades judiciales competentes y éstas legalizan la privación de la libertad. Bajo esta perspectiva es claro que las salas de detenidos carecen de la distribución física, logística y administrativa para mantener a un recluso por largos periodos de tiempo y menos aún, para suplir las necesidades básicas y los derechos consagrados en el Código Penitenciario y Carcelario. En este orden de ideas, si una persona es mantenida por meses e incluso años en dichos establecimientos, sus condiciones naturalmente se ven deterioradas porque estas instalaciones no tienen la finalidad de recluir a las personas sino solamente de retenerlas de manera transitoria, situación que va en contravía de lo dispuesto en la ley penal que restringe sólo a treinta y seis (36) horas, su permanencia en dichos lugares.

---

[35] M. P. Jaime Araújo Rentería.

Derechos de los desplazados

Corte Constitucional
Sentencia T-602 de 2003
Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería
23 de julio de 2003

II. Consideraciones y fundamentos de la Corte [...]

Desplazamiento forzado interno, vulnerabilidad y acción afirmativa

5. Las características del desplazamiento forzado interno han sido precisadas en la *Guía para la aplicación de los principios rectores de los desplazamientos internos,*[1] elaborada en 1999 por comisión del Proyecto sobre Desplazamiento Interno del Instituto Brookings, y acogida por la Oficina de Coordinación de los Asuntos Humanitarios de la ONU (OCHA, por su sigla en inglés):

---

[1] Edición castellana a cargo del Grupo de Apoyo a Organizaciones de Desplazados, Bogotá, julio de 2002. Según la descripción registrada en el texto, el desplazamiento se desagrega en tres etapas, la que antecede a los eventos de desplazamiento, el desplazamiento en cuanto tal y el retorno o la reubicación. En cuanto a si el retorno o la reubicación definitiva representan la terminación del desplazamiento, véase, infra, el Fundamento No. 21 de esta sentencia.

> La característica distintiva del desplazamiento interno es el movimiento bajo coerción o involuntario que tiene lugar dentro de las fronteras nacionales. Las razones para huir pueden variar e incluyen conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de derechos humanos y desastres naturales o desencadenados por el ser humano. […] aquellas [personas] que son forzadas a dejar sus hogares o que tienen que huir debido al conflicto, las violaciones de los derechos humanos y otros desastres naturales o provocados por el ser humanos, sí se ajustan a la descripción del desplazamiento interno. En algunos casos, el desplazamiento interno puede ser causado por una combinación de factores coercitivos y económicos.

6. En armonía con lo anterior, el artículo 1° de la Ley 387 de 1997 establece:

> Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

La Corte Constitucional, al interpretar ese artículo y el artículo 2° del Decreto 2569 de 2000,[2] en concordancia con lo dispuesto en la

---

[2] Dispone el artículo 2° del Decreto 2569 de 2000: "Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertades personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas […]
El Gobierno Nacional a través de la Dirección General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior o la entidad que ésta delegue, declarará

Constitución y con los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno (en adelante, Principios Rectores), ha considerado que el desplazamiento forzado interno es un hecho y que, por tal motivo, la declaración rendida por la víctima y la posterior inclusión de la misma en el Registro Único de Población Desplazada tienen como único propósito facilitar la asistencia proveniente del Estado o de la cooperación internacional, mas no el de conferir el estatus o la condición de persona desplazada.[3] Además, la Corporación ha señalado que una interpretación constitucional basada en la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas permite concluir, sin lugar a dudas, que en dichas disposiciones legales y reglamentarias se acepta que tanto los desplazamientos intraurbanos como los desplazamientos intramunicipales son desplazamientos forzados internos, pues en ninguna de ellas, ni en los Principios Rectores, se exige que quienes se desplazan lo hagan de un municipio a otro o de un departamento a otro, ya que se limitan a determinar qué personas y cuáles hogares tienen derecho a la protección y a la ayuda por el hecho de haber sido forzados a huir.[4]

7. Asimismo, esta Corte ha advertido que el desplazamiento forzado interno comporta una masiva, compleja, sistemática y continuada violación de derechos fundamentales. Consecuentemente, ha entendido que el desplazamiento forzado interno testimonia la ocu-

---

que se encuentra en condición de desplazamiento aquella persona desplazada que solicite tal reconocimiento mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 de la ley 387 de 1997, a saber:

1. Declarar esos hechos ante la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las personerías municipales o distritales o cualquier despacho judicial, y 2. solicitar que se remita para su inscripción a la Dirección General para los Derechos humanos del Ministerio del Interior o a la oficina que este designe a nivel departamental distrital o municipal copia de la declaración de los hechos de que trata el numeral anterior."

[3] Véase la sentencia T-327/01, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. El criterio fue reiterado en las sentencias T-1346 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-268/03, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[4] Sentencia T-268 de 2003.

rrencia de una verdadera crisis humanitaria. Por donde la Corte ha previsto que sea el Gobierno Nacional el que tome las medidas conducentes tanto a la prevención de los desplazamientos como a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, mediante el retorno o el reasentamiento voluntarios en condiciones que aseguren la dignidad de las víctimas del desarraigo y el despojo violentos.[5]

8. La mayor parte de analistas e instituciones coinciden sobre los efectos nocivos del desplazamiento en las víctimas del delito de desplazamiento forzado que se encuentra tipificado en el artículo 180 de la Ley 599 de 2000 y que está dentro de la categoría de los delitos de lesa humanidad.[6] Por ejemplo, el Banco Mundial aceptó que el desplazamiento se traducía en:

> […] el despojo de bienes materiales, tierra y vivienda; la pérdida de ingresos, de empleo y de oportunidades económicas; las restricciones de acceso a bienes comunales, la inseguridad alimentaria, el incremento de morbilidad y mortalidad; la ruptura de redes sociales y la desarticulación comunitaria; cambios irreversibles en los modos de vida, cambios culturales, desarraigo y ruptura de las estrategias de adaptación de las comunidades a su entorno habitual; trastornos psicosociales y afectación de las relaciones intrafamiliares y de la salud pública. To-

---

5 Sentencia SU-1150 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Sentencia C-232 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. A juicio de la Corte el delito había sido tipificado "en consonancia con los preceptos superiores que garantizan un orden social justo fundado en la dignidad y la solidaridad humanas, en el respeto y la primacía de los derechos inalienables de la persona y de la familia como institución básica de la sociedad, pues nadie puede ser sometido a desaparición forzada, torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CP, Preámbulo y arts. 1, 5, 12 y 42) […] Entendimiento que guarda consonancia con los distintos instrumentos internacionales, entre los cuales se pueden citar la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 12 consagra el derecho de circulación y residencia; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.12); el Protocolo II de Ginebra (art. 17), aprobado por medio de la Ley 171 de 1994 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional que en su artículo 7° d) considera crimen de lesa

> dos estos efectos podrían ser resumidos como riesgo de empobrecimiento y marginalidad social, económica y política.[7]

Y, por su parte, esta Corte expresó en la sentencia SU-1150 de 2000:

> Los connacionales obligados a abandonar sus hogares por medio de la violencia son en su mayor parte campesinos pobres, con un bajo nivel de instrucción escolar. Además, la mayoría de las personas desplazadas son menores de edad y mujeres. Ellos se trasladan principalmente a las ciudades, en las cuales tienen pocas posibilidades de acceder a una vivienda digna y a un trabajo estable. Frecuentemente, el resultado de la migración forzosa a la que se ven sometidos es el agravamiento de las ya de por sí precarias condiciones de vida que tenían en el campo.

Adicionalmente, cabe resaltar que las consecuencias de los reasentamientos originados en el desplazamiento con ocasión del conflicto armado interno o de violaciones masivas de los derechos humanos son en general nocivas, a diferencia de las consecuencias de los reasentamientos originados en proyectos de desarrollo, como quiera que en relación con estos últimos el desplazamiento puede ser conocido con anticipación, evaluado, compensado y mitigado. Además, el desplazamiento con origen en proyectos de desarrollo ocasiona pérdidas materiales, pero no pérdidas humanas, a menos que los intereses en tales proyectos se confundan con los intereses de los actores armados

---

humanidad la deportación o traslado forzoso de población". Los magistrados Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra salvaron su voto por considerar que la omisión en que incurrió el legislador de no mencionar la duración de la pena –el artículo demandado decía que el que desplazare a otro incurriría "en prisión de seis (6) a doce (12)"– era insubsanable por la Corte Constitucional, aunque resaltaron la importancia de que se tipifique un delito equiparable al genocidio.

7 María Clara Mejía Botero, "Introducción. La experiencia colombiana en reasentamiento", en William Patridge (ed.), *Reasentamiento en Colombia*, Bogotá, Banco Mundial, 2000.

en conflicto. Con todo, el capital social y humano no es destruido y, por ende, puede ser reconstruido y servir de base para la reorganización comunitaria, aun si la intervención es tardía o si la misma se articula en planes o programas de desarrollo generales.[8] Entretanto, los reasentamientos provocados por el conflicto armado interno o las violaciones masivas de derechos humanos se caracterizan porque generalmente están ausentes los procesos de concertación y porque el capital social y humano queda muy afectado. En los reasentamientos provocados por el conflicto armado interno la prioridad es la supervivencia en medios hostiles y, por tanto, la reconstrucción del tejido social roto y la estabilización socioeconómica quedan aplazadas o, lo que no es infrecuente, nunca se completan.[9]

9. Las consecuencias del reasentamiento son regularmente perversas. Por ello, a fin de comprenderlas y paliarlas, científicos sociales, organismos de cooperación, entidades gubernamentales y jueces, han acogido el concepto de vulnerabilidad, con el cual se quiere significar que la población en situación de desplazamiento sufre un

---

[8] Véanse en general, los aportes de *Reasentamiento en Colombia*, ibídem. Por supuesto, muchas experiencias de reasentamiento por proyectos de desarrollo han resultado negativas, pues la falta de planeación, la falta de información sobre la población afectada, la escasa participación de los afectados en la toma de decisiones o la insensibilidad ante las necesidades de grupos étnicos han dado al traste con ellas o han mostrado su inviabilidad en términos de impacto social. En algunos casos, el reasentamiento ha requerido la intervención de los jueces; así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana estableció los parámetros del reasentamiento con ocasión de la construcción de la hidroeléctrica de Urrá en el departamento de Córdoba, entre ellos el de concertación de los proyectos de desarrollo en beneficio de las comunidades indígenas afectadas, con el objeto de proteger los derechos de tales comunidades. Véase la sentencia T-652/98, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[9] Véase el estudio de caso de Jorge Rojas y Diana Sánchez, "El caso de los campesinos de la Hacienda Bellacruz: la tragedia del estigma y la improvisación", en *Reasentamiento en Colombia*, ibídem. El texto constituye un testimonio acerca de las dificultades asociadas a la reparación de derechos, al mostrar la distancia que hay entre la reubicación de los desplazados y el restablecimiento de sus derechos.

dramático proceso de empobrecimiento, pérdida de libertades, lesión de derechos sociales y carencia de participación política. Así, se ha estimado de suma importancia contar con índices con los cuales medir los grados de vulnerabilidad, ya que el conocimiento de éstos aporta en la identificación de las medidas legislativas y administrativas más aptas para la reconstrucción del tejido social y la estabilización socioeconómica, así como en la proyección de la ejecución o, si resulta necesario, en un nueva planeación. El concepto de vulnerabilidad y la detección en terreno de los riesgos de empobrecimiento facilitan, pues, la búsqueda de soluciones adecuadas al contexto de la situación posemergencia, bien sea en el marco de la política pública sectorial en materia de desplazamiento o bien sea en el marco del desarrollo de cada uno de los distintos componentes del restablecimiento, esto es, vivienda, generación de ingresos, salud, educación y tierras (art. 26 del Decreto 2569 de 2000).

En relación con los factores de empobrecimiento, Michael M. Cernea, científico social del Banco Mundial,[10] destaca i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, ii) el desempleo, iii) la pérdida del hogar, iv) la marginación, v) el incremento de la enfermedad y de la mortalidad, vi) la inseguridad alimentaria, vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, y viii) la desarticulación social. A ellos agrega Robert Muggah, científico social del Institute of Development Studies de Londres,[11] que el desplazamiento forzoso se traduce en ix) la pérdida del acceso a la educación, principalmente en el caso de los niños desplazados, y en x) la carencia de participación política.[12]

---

[10] Véase su texto "El modelo de riesgos y reconstrucción para el reasentamiento de poblaciones desplazadas", en *World Development*, vol. 25, No. 10, octubre de 1997, pp. 1569 a 1588.

[11] Véase su estudio auspiciado por el Departamento Nacional de Planeación, "Capacidades institucionales en medio del conflicto. Una evaluación de la respuesta en la reubicación de la población desplazada en Colombia", Bogotá, mimeo, enero de 2000.

[12] El empobrecimiento y la vulnerabilidad son entonces el producto de múltiples factores que, cabe anotar, pueden ser independientes unos de otros y, en ese sentido, presentarse sólo algunos de entre ellos. Dichos factores merecen

Los factores prenotados y la pérdida de autoestima que el fenómeno le impone a cada víctima, permiten visualizar las consecuencias nefastas del reasentamiento involuntario cuando se hace sin la asistencia estatal o cuando ésta se distingue por su ineficiencia o su ineficacia, bien por la escasez de recursos destinados para la atención, ora por la presencia de corto circuitos en el manejo de la información o, la mayoría de las veces, por la existencia de nudos problemáticos en la ruta crítica de acceso a los componentes específicos de la ayuda como, por ejemplo, de acceso a soluciones de vivienda o de acceso real a proyectos productivos que garanticen la autosostenibilidad de los desplazados.

10. Ahora bien, ciertas instituciones y algunos investigadores sociales han considerado que las acciones tendientes a paliar la difícil situación por la que atraviesan millones de desplazados no pueden basarse en la elaboración e implementación de políticas públicas diferenciales, puesto que éstas comportan la discriminación de otros gru-

---

ser destacados, pues la expropiación de la tierra socava los sistemas productivos, los cuales, en muchos casos, son de tipo tradicional. Igualmente, la pérdida del empleo para los trabajadores no agrícolas implica un verdadero empobrecimiento, toda vez que la reinserción en el ámbito laboral supone la adquisición de nuevas capacidades, con lo que ello significa en términos de pérdida de capital humano ya consolidado y de costos por la reconversión laboral. De otra parte, la pérdida de la familia, sumada a la inclusión forzada en medios urbanos hostiles, comporta que los desplazados queden sin entorno íntimo. A su turno, la inseguridad alimentaria es consecuencia de la ingestión de calorías en niveles inferiores a los necesarios para el crecimiento o para el trabajo; así, la inseguridad alimentaria se relaciona con la pérdida de la tierra o del empleo. El reasentamiento también trae consigo el aumento de las enfermedades, tanto las físicas como las asociadas a la depresión, y los segmentos poblacionales más débiles, como los niños y los ancianos terminan siendo los más afectados. Todos estos factores confluyen entonces en la marginalización o traspaso de la línea de pobreza en áreas urbanas, en la desarticulación social o ruptura de las organizaciones sociales y de las comunidades, y en la escasa incidencia de los desplazados en la toma de las decisiones que les son atinentes.

pos igualmente necesitados que son "pobres históricos".[13] Empero, esta Sala considera que si bien el legislador y las entidades gubernamentales deben tratar de igual modo a todas las personas, pues así lo estipula el artículo 13 de la Constitución, las víctimas del fenómeno del desplazamiento forzado interno sí merecen atención diferencial, ya que "la consagración constitucional del Estado colombiano como

---

[13] Algunos analistas han señalado que la atención diferencial a favor de los desplazados conlleva una distribución inequitativa de recursos y provoca conflictos entre las comunidades previamente asentadas y las reasentadas. Esta discusión es registrada en R. Cohen y J. Cuenod, "Improving institutional arrangements for the internally displaced", Washington, Proyecto sobre Desplazamiento Interno del Instituto Brookings, 1995, y recogida por Robert Muggah en "Capacidades institucionales en medio del conflicto", ob. cit. La pregunta sobre la justificación de la distribución inequitativa que se desprendería de la atención preferencial a los desplazados adquiere ribetes complejos en Colombia, pues la exclusión social es avasalladora en este país. Un estudio auspiciado por la Contraloría General de la República y coordinado por Luis Jorge Garay muestra que en Colombia "i) El grado de concentración del ingreso es uno de los mayores de América Latina, quizás el segundo en una región de por sí caracterizada por la desigualdad […] ii) El nivel de pobreza no se ha logrado disminuir de manera perdurable y sostenida. Hoy el 59,8% de la población se encuentra bajo la línea de pobreza, rebasando ligeramente el promedio observado desde los setenta […] iii) La gravedad del problema de la indigencia no ha podido ser superada, dada su persistencia en niveles por encima del 20% de la población en las últimas dos décadas y media […] v) La informalidad continúa siendo el sistema de trabajo predominante de la mayoría de la fuerza laboral, abarcando a más del 54% de la misma en la década del ochenta hasta más de un 61% en la actualidad […] vi) […] a pesar de las leyes aprobadas sobre reforma agraria en el país, la tierra se ha seguido concentrando en pocas manos –con una importante injerencia de capitales de procedencia ilícita– en la medida en que el 1,08% de los propietarios posee más del 53% del área, cuando hace apenas 10 años el 1,4% poseía el 46% y en que el 62,3% de los propietarios son microfundistas -–que engrosan, en su gran mayoría, la población más pobre del país." Luis Jorge Garay (coord.), Introducción "Estrategias, dilemas y desafíos a la transición al Estado Social de Derecho en Colombia", en *Colombia entre la exclusión y el desarrollo: propuestas para la transición del Estado social de derecho*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2002, pp. 24 y 25.

un Estado social de derecho le exige prestar una atención especial a esta calamidad nacional, con el fin de aliviar la suerte de los colombianos afectados por esta tragedia política y social", tal y como lo manifestó la Corporación en la sentencia SU-1150 de 2000. Así, el Estado no sólo debe prevenir la ocurrencia de eventos de desplazamiento, sino que, además, debe proteger los derechos de los desplazados y proveer lo que esté a su alcance para el restablecimiento de los derechos de éstos que son conculcados. Esta suerte de acción afirmativa que se le exige al Estado colombiano halla su fundamento normativo en las exigencias de los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Carta, relativas al trato favorable a los más débiles y a la erradicación de las injusticias presentes. Sobre el contenido normativo de ese artículo, la Corte se pronunció en la sentencia T-426 de 1992, la primera en la que se mencionó la existencia del derecho al mínimo vital:

> El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad. […]
>
> Igualdad de oportunidades y trato favorable a los débiles
>
> 6. El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (CP, art. 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el "déficit social".
>
> El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales

circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (CP, art. 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades. […]

Derecho internacional

11. El derecho internacional defiende la importancia central de los derechos de la seguridad social. Diversos instrumentos otorgan estatus de derechos fundamentales a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. La Declaración Universal de los Derechos Humanos –el más importante documento del derecho internacional humanitario– estatuye en su artículo 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, así mismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

11. En consecuencia, para contrarrestar los efectos nocivos del reasentamiento involuntario producto del desplazamiento, y siempre que no sea posible el retorno al lugar de origen de los desplazados en condiciones de dignidad, voluntariedad y seguridad, la respuesta estatal debe articularse en torno a acciones afirmativas[14]

---

[14] Las acciones afirmativas son acciones positivas del Estado de tipo normativo, cuyo propósito es el de promover a grupos específicos, a fin de que éstos logren la igualdad material real. La acción positiva y la discriminación inversa se diferencian en que la primera es el género mientras que la segunda es una variante de las acciones positivas. Las discriminaciones inversas son actuaciones normativas temporales o transitorias a favor de grupos tradicionalmente discriminados y, por tanto, destinadas a remover los obstáculos que impiden la presencia y la participación de dichos grupos en distintos ámbitos

que garanticen i) el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación, ii) la promoción de la igualdad, y iii) la atención a minorías étnicas y a grupos tradicionalmente marginados, ya que no puede obviarse que Colombia es un país pluriétnico y multicultural y que buena parte de la población desplazada pertenece a los distintos grupos étnicos, así como tampoco puede olvidarse que dentro de la población afectada un gran porcentaje son mujeres y, bien sabido es que éstas padecen todavía una fuerte discriminación en las áreas rurales y en las zonas urbanas marginales. Para expresarlo en otros términos, la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual. Las medidas positivas, entonces, deben estar orientadas a la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables, tales como los niños, los adultos mayores o las personas discapacitadas. En relación con este punto, el Principio Rector No. 4 establece:

> 2. Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.

---

sociales o en la obtención de beneficios materiales dispuestos en principio para todos. La importancia de las acciones afirmativas en favor de los desplazados fue resaltada en el manual "Derechos económicos, sociales y culturales de la población en situación de desplazamiento. Conceptos, criterios e indicadores básicos de la realización de los derechos a la educación, salud vivienda y tierras", Bogotá, Defensoría del Pueblo, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), agosto de 2002. Por su parte, esta Corte destacó en la sentencia SU-1150/00 la existencia de un derecho de los desplazados a un trato especial, denominado "derecho al urgente trato preferente", en la sentencia T-098/02, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12. Las acciones positivas a favor de la población desplazada están pues justificadas en virtud de la necesidad de asegurar un justo trato a uno de los sectores más desaventajados de la sociedad colombiana, en la urgencia de evitar que la nación colombiana se siga fragmentando y en la perentoria protección frente a graves afecciones al mínimo vital de las víctimas del desplazamiento. En relación con la justificación del trato especial a las personas en situación de desplazamiento, la Corte se pronunció en la sentencia T-958 de 2001, así:

> El mandato constitucional de brindar especial protección a las personas en situación de debilidad manifiesta tiene por objeto que el actuar estatal se oriente a la remoción de las causas de la debilidad o a paliar la situación de debilidad (con miras a su superación). En estas condiciones, la erradicación de situaciones injustas[15] en las cuales se hace más patente la debilidad, impone al juez considerar las consecuencias de su decisión.[16]
>
> *Las personas víctimas de situaciones sociales extremas*[17] o de los embates de la naturaleza,[18] *constituyen, entre el espectro de personas en situación de debilidad manifiesta, aquellas que los sufren en mayor medida, por razón del desarraigo,* destrucción de la base material que sustenta su proyecto de vida, así como por la grave afectación del tejido social al cual pertenecen. *De ahí que deban ser destinatarios de excepcionales mecanismos de protección, pues la capacidad real para realizar su proyecto de vida se ha visto sometida a una reducción incompatible con un Estado social de derecho. Ello no quiere decir que sus intereses se impongan sobre los intereses de grupos humanos que igualmente están en condiciones de debilidad, como ocurre con quienes padecen la pobreza estructural,* los ancianos desatendidos, los niños, los enfermos o la población privada de la libertad. Sin embargo, éstos deben ser los

---

15 Sentencia SU-225 de 1998.

16 Sentencia C-021 de 1993.

17 Como ocurre con los desplazados, sentencias T-227 de 1997 y SU-1150 de 2000.

18 Estas situaciones no deben entenderse taxativas.

destinatarios de programas y proyectos permanentes, en el sentido de que deben permanecer como tales mientras existan condiciones materiales de desigualdad, en tanto que *los primeros, han de ser los beneficiarios de mecanismos de atención de situaciones excepcionales* (así la excepcionalidad se torne estructural, como ocurre con los desplazados, pues la miseria humana nunca podrá asumirse como algo admisible en el Estado social), *por hallarse comprometido su mínimo vital* (énfasis de la Sala).

13. La Constitución prescribe la protección de los desplazados frente a conductas discriminatorias, propende por la erradicación de los patrones de discriminación y obliga a la acción positiva a favor de las personas en situación de desplazamiento forzado interno. En el caso de la acción afirmativa, ésta se justifica en que resulta indispensable todo un conjunto de actos de política pública con el objeto de lograr la igualdad material de los desplazados. Así, la extrema vulnerabilidad y la consecuente pérdida de derechos y libertades que se traducen en la estigmatización de la población desplazada sólo pueden ser contrarrestadas mediante acciones positivas respecto de bienes escasos –falta de puestos de trabajo o vivienda–, lo que hace que el beneficio a los desplazados se traduzca en el perjuicio para otros grupos poblacionales, sin que ello comporte una transgresión del principio de no discriminación, contenido normativamente en el artículo 13 superior.[19]

Con todo, es necesario señalar que las acciones positivas a favor de los desplazados, que resultan razonables y legítimas en el marco

---

[19] Conforme a la interpretación autorizada del corpus normativo del derecho internacional de los derechos humanos, la discriminación consiste en la distinción injustificada que implica la exclusión o la restricción, basadas en criterios de raza, color, género, linaje, origen nacional o filiación política, en el ejercicio de derechos y libertades. La discriminación, entonces, redunda en el menoscabo en el reconocimiento, en el goce o en el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y de las libertades. Véase, en particular, la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Humanos de la ONU con arreglo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

constitucional vigente,[20] deben ser entendidas como mecanismos destinados a desaparecer con el tiempo, es decir, cuando los derechos y las libertades básicas de los desplazados sean restablecidos, y a ser lo suficientemente flexibles como para adaptarse a las consecuencias del conflicto armado interno sin derivar en la concesión de privilegios con base en análisis individuo por individuo. Y todos estos criterios servirán de parámetros de interpretación del artículo 18 de la Ley 387 de 1997, según el cual "[l]a condición de desplazado forzado por la violencia cesa cuando se logra la consolidación y estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento".

14. Pero el ordenamiento jurídico no sólo admite medidas especiales a favor del grupo desaventajado constituido por las personas en situación de desplazamiento, destinadas a la satisfacción de necesidades básicas, a promover la participación en la toma de decisiones y a asegurar la inclusión social de este grupo, sino que, además, contiene un principio, el de no discriminación, que debe inspirar y filtrar la planificación y ejecución de la política de atención a la población internamente desplazada, en especial en lo relacionado con el acceso de los desplazados al trabajo, a la seguridad social y a la educación, así

---

[20] Sobre este punto cabe resaltar que la acción positiva a favor de los desplazados constituye un medio idóneo para alcanzar fines constitucionales válidos, es necesaria para paliar los efectos de una grave crisis humanitaria y no sacrifica valores o principios constitucionales de mayor relevancia que los logrados con ella. En todo caso, es necesario resaltar que la normatividad concreta en materia de desplazamiento sólo podrá restringir derechos de otros grupos desaventajados cuando estas restricciones se puedan justificar con consideraciones razonables y se compaginen con el principio de proporcionalidad, puesto que las limitaciones tendrán que ser adecuadas a la obtención del objetivo público perseguido y los medios tendrán que resultar necesarios, o sea, que el resultado que persiguen no se pueda alcanzar por otro medio igualmente eficaz, que afecte en medida sensiblemente menor derechos fundamentales. En todo caso, sobre los problemas metodológicos de la aplicación del "test de razonabilidad", ver la aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería a la sentencia C-888/02, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

como influir en la protección integral de las familias y de la niñez, y en la canalización de la participación política de dicha población.

15. En síntesis, las medidas especiales a favor de los desplazados facilitan que éstos se tornen menos vulnerables, agencian la reparación de las injusticias derivadas del desplazamiento involuntario y se orientan a la realización efectiva de ciertos derechos de bienestar mínimo que constituyen la base para la autonomía y el autosostenimiento de los sujetos de desplazamiento. Por ello, esta Corte estableció en la SU-1150/00 que "el gasto en el cuidado a los desplazados debe ser considerado, inclusive, como más perentorio que el gasto público social, al cual el artículo 350 de la Carta Política le asignó prioridad sobre los demás".

Concepto de restablecimiento y derecho de los desplazados al restablecimiento

El marco legislativo vigente –con vórtice en la Ley 387 de 1997– advierte que el desplazamiento se desagrega en tres etapas, una primera que antecede a los eventos de desplazamiento, otra consistente en la fase de desplazamiento como tal, y una última en la que se producen el retorno o la reubicación. Por ello, para atender los requerimientos derivados de tan compleja crisis humanitaria, se ha considerado indispensable i) contar con un sistema de información,[21] que permita estimar el número de desplazados y cuantificar los sujetos pertenecientes a los distintos segmentos poblacionales, ii) prevenir los desplazamientos con base en el esfuerzo mancomunado de varias instituciones,[22] iii) prestar asistencia humanitaria –de urgencia, de emergencia y de transición, en asentamientos temporales–[23] y, por último, iv) desarrollar componentes de retorno o de reasentamiento –relocalización en el sitio de recepción o reubicación en lugar diferente a éste y al de origen–.[24]

---

21 Ley 387 de 1997, sección 2 del capítulo II.

22 Ibídem, sección 3 del capítulo II.

23 Ibídem, sección 4 del capítulo II.

24 Ibídem, secciones 5 y 6 del capítulo II.

Para articular esfuerzos y atribuir responsabilidades concretas ha sido diseñado el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (SNAIPD). En los artículos 4° y 5° de la Ley 387 de 1997 se establecen los objetivos del sistema y se precisan las agencias que lo constituyen:

1. Atender de manera integral a la población desplazada por la violencia para que, en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento, logre su reincorporación a la sociedad colombiana.
2. Neutralizar y mitigar los efectos de los procesos y dinámicas de violencia que provocan el desplazamiento, mediante el fortalecimiento del desarrollo integral y sostenible de las zonas expulsoras y receptoras, y la promoción y protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.
3. Integrar los esfuerzos públicos y privados para la adecuada prevención y atención de las situaciones de desplazamiento forzado por la violencia.
4. Garantizar un manejo oportuno y eficiente de todos los recursos humanos, técnicos, administrativos y económicos que sean indispensables para la prevención y atención de las situaciones que se presenten por causa del desplazamiento forzado por la violencia.

Parágrafo. Para el logro de los anteriores objetivos, el Sistema Nacional de Atención Integral a la población desplazada por la violencia contará con el Plan Nacional para la Atención Integral a la población desplazada por la violencia.

Artículo 5°. De la constitución. El sistema estará constituido por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que realizan planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención integral de la población desplazada.

17. La necesidad de aunar esfuerzos mediante la activación del SNAIPD, empero, no se desprende únicamente de los requerimientos de la crisis y de la urgencia de afrontarla técnicamente, sino que

tiene su origen en la naturaleza misma del fenómeno del desplazamiento forzado interno y en los mandatos constitucionales de brindar asistencia preferencial a los más vulnerables y de erradicar las injusticias presentes.

Es por ello que el Estado tiene la doble obligación de planificar incentivos para el retorno voluntario, por una parte, y de garantizar la reubicación en condiciones que contribuyan a aumentar la calidad de vida de la población desplazada, por la otra. En cumplimiento de esas obligaciones varias entidades gubernamentales han venido definiendo, diseñando e implementando procedimientos para la identificación de los derechos –v.g. de mejoras– y de los títulos de las propiedades abandonadas, estableciendo esquemas de compensación para cuando sea necesaria la adquisición de nuevos predios –en virtud del Decreto 2007 de 2001–, y fortaleciendo estrategias ya existentes, como las zonas de reserva campesina, a fin de ofrecer incentivos para el retorno. Entre tanto, otras entidades gubernamentales promueven el desarrollo de proyectos de saneamiento básico y acceso a servicios públicos, así como de generación de alternativas sostenibles de empleo, a fin de garantizar que la reubicación sea adecuada.

Y la doble dinámica señalada es fuente de responsabilidad para la Red de Solidaridad Social, en tanto que entidad coordinadora del SNAIPD, ya que la promoción y facilitación del retorno, por una parte, y la garantía de la relocalización o la reubicación en condiciones dignas, por la otra, dependen, en buena medida, de la centralización de la coordinación del sistema, del control de las acciones en el nivel local y, por ende, de la asignación de responsabilidad sobre el funcionamiento del sistema. Las funciones de los distintos elementos del sistema orientados a la atención integral y al restablecimiento de la población desplazada, quedan garantizados entonces por la asignación de responsabilidades y por el equilibrio entre la autonomía y las capacidades locales, de un lado, y la coordinación centralizada, por el otro.

18. La atención a los desplazados debe ser integral, esto es, debe consistir en un conjunto de actos de política pública mediante los cuales se repare moral y materialmente a las personas en situación

de desplazamiento y, más allá, se produzca el restablecimiento de las mismas, en consonancia con el ordenamiento constitucional y los Principios Rectores. En efecto, de conformidad con el segundo párrafo del Principio Rector No. 29 las autoridades tienen la obligación de hacer lo necesario "para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que [los desplazados] abandonaron o de las que fueron desposeídos". Esta disposición consagra entonces el derecho a la reparación. Con todo, no podría argüirse que el marco normativo de protección a los desplazados se agota allí, pues el primer párrafo del prenotado principio consagra un derecho al restablecimiento, cuando estipula:

> Los desplazados internos que regresen a su hogar o a su lugar de residencia habitual o que se hayan reasentado en otra parte del país no serán objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento. Tendrán derecho a participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles y a disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos

Cabe advertir que los Principios Rectores, aunque no están consagrados en un tratado, según lo anota Francis Deng en el prefacio a la *Guía para la aplicación de los principios rectores de los desplazamientos internos* por parte de la OCHA, "están basados en, y son consistentes con, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y, por analogía, el derecho de refugiados". En relación con dicha fuerza vinculante, el señor Deng, quien es el representante del Secretario de las Naciones Unidas sobre Personas Internamente Desplazadas, subrayó:

> Su reconocimiento en resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), subraya la autoridad moral que los Principios han comenzado a infundir. […] Las organizaciones regionales en África, las Américas y Europa también han tomado nota de ellos y están divulgándolos entre su personal. Es alentador que en un periodo de tiempo relativa-

mente corto, organizaciones internacionales, organismos regionales y ONG hayan comenzado a difundir los Principios y a usarlos en el terreno como una herramienta de defensa de las víctimas.

Esta Corte ha reconocido la fuerza vinculante de los Principios Rectores, pues los ha considerado como parte del bloque de constitucionalidad para resolver casos concretos.[25] Adicionalmente, en criterio de la Corte los Principios Rectores "deben ser tenidos como parámetros para la creación normativa y la interpretación en el campo de la regulación del desplazamiento forzado […] sin perjuicio de que todos sus preceptos que reiteran normas ya incluidas en tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario aprobados por Colombia gocen de rango constitucional, como lo señala el artículo 93 de la Constitución".[26]

Los Principios Rectores, pueden, entonces i) ser normas relevantes para resolver casos específicos, y ii) tener verdadero rango constitucional, si son preceptos que reiteran normas incluidas en tratados de derechos humanos o de derecho humanitario. El uso i) denota que ciertos principios o algunos de sus párrafos hacen parte de lo que la Corte ha denominado bloque de constitucionalidad en sentido lato, mientras que el uso ii) denota que algunos de entre ellos forman parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, ya que tienen jerarquía constitucional e, incluso, sirven de parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes. De manera que los derechos consagrados en la constitución colombiana deberán ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia cuyas disposiciones son recogidas o reiteradas en los principios, en particular según la interpretación que de ellos han hecho los órganos autorizados para interpretarlos; y, adicionalmente, el intérprete deberá preferir la interpretación de principios y normas constitucionales, fundidas en

---

[25] Véanse las sentencias T-327 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-268 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-419 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[26] Sentencia SU-1150/00.

un sólo corpus normativo, que sea más favorable al goce de los derechos de los desplazados.[27]

19. Así las cosas, el restablecimiento consiste en el mejoramiento de la calidad de vida de la población desplazada y, para lograrlo, las acciones del Estado, de la cooperación internacional y del sector privado, en desarrollo de alianzas estratégicas con el Estado, deben orientarse a contrarrestar los riesgos de empobrecimiento y exclusión social. Tales acciones, entonces, deben propender por i) el acceso a la tierra, ii) el empleo en condiciones dignas, iii) el acceso a soluciones de vivienda, iv) la integración social, v) la atención médico asistencial integral, vi) la nutrición adecuada, vii) la restauración de los activos comunitarios, viii) la reconstitución de las comunidades, ix) el acceso a la educación, x) la participación política efectiva, y xi) la protección de los desplazados frente a las actividades que desgarran el tejido social, principalmente las asociadas al conflicto armado interno. De manera que, por ejemplo, el desarrollo del componente de generación de ingresos para población desplazada debe ir articulado con el desarrollo de los componentes de vivienda y de alimentación.

20. Además, en perspectiva constitucional y desde un enfoque de derechos,[28] el restablecimiento es una cuestión de justicia social

---

[27] Lo que hace parte del bloque de constitucional en sentido estricto con fundamento en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, fue precisado en la sentencia T-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

[28] La importancia de que la política de atención a desplazados y las acciones concretas de política pública sean consecuentes con un enfoque de derechos fue destacada por varios de los intervinientes en el II Seminario Internacional "Desplazamiento: implicaciones y retos para la gobernabilidad, la democracia y los derechos humanos", Bogotá, septiembre de 2002. Las memorias del seminario, en el que participaron representantes del Sistema de las Naciones Unidas, cooperantes internacionales, organizaciones no gubernamentales y representantes de entidades nacionales, quedaron recogidas en *Destierros y desarraigos*, Bogotá, Cohdes, OIM, 2003; véase en particular, de Andrés Celis (ACNUR), "La política pública de atención a la población desplazada y la necesidad de incorporar un enfoque de derechos en su formulación y en su ejecución".

y, por lo mismo, una vía para alcanzar la inclusión social y potenciar el desarrollo humano. En este sentido, restablecer equivale a garantizar y proteger el goce de derechos y libertades. Por lo mismo, el sistema de atención integral debe propender por el restablecimiento de la población desplazada, independientemente de la composición institucional del SNAIPD en un momento histórico específico. Cabe advertir que de esta obligación de atención integral no podrá sustraerse el Presidente de la República. Así mismo, observa la Corte que ni el Presidente de la República ni el Congreso podrían expedir válidamente normas que impliquen regresiones en la política pública de atención a desplazados, en lo relativo a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Carta Política; pues ello iría en contravía de la principal obligación de resultado que se deriva del párrafo 1 del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).[29]

21. Por último, la claridad en torno al concepto de restablecimiento, vinculado a un enfoque de atención verdaderamente integral y, por ende, no asistencialista,[30] permite identificar cuándo cesa

---

[29] Dice el párrafo 1° del artículo 2° del Pidesc: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

[30] Algunos analistas anotan que el funcionamiento práctico del actual modelo de atención a desplazados está signado por el asistencialismo. En un estudio reciente se señala que "la ayuda material y su distribución para la subsistencia termina siendo más importante que cualquier cosa", de manera que el trabajo de la Red de Solidaridad Social se define en el "hacer" y en el "hacer en la urgencia". Martha Nubia Bello, "Sistematización de la experiencia 'Proyecto apoyo de las universidades a la Red de Solidaridad Social en la atención a las familias desplazadas por la violencia política 1999 -2002'", en Varios Autores, El desplazamiento forzado en Colombia: compromisos desde la universidad, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, p. 321. Así, una de las principales críticas es que si la persona recibe a satisfacción los

la situación de desplazamiento. En efecto, el acceso efectivo de los desplazados a bienes y servicios básicos, así como la garantía de sus derechos y libertades fundamentales se traducen en el restablecimiento y, por tanto, en la cesación de la situación de desplazamiento forzado interno. Por lo mismo, resulta evidente que el retorno o la reubicación no equivalen, por sí mismos, al restablecimiento de la población desplazada. [...]

Corte Constitucional
Sentencia T-025 de 2004
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
22 de enero de 2004

[...] *7. La constatación de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada*

Ante la magnitud del problema del desplazamiento y su grave incidencia en la protección de los derechos de los desplazados, incluidos los accionantes en el presente proceso, la Corte se pregunta si procede declarar un estado de cosas inconstitucional.

Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender

---

elementos y el apoyo convenido para la etapa de emergencia, y ésta culmina, inicia un período de transición que hasta el momento no se encuentra determinado en sus temporalidades ni en las acciones específicas que lo constituyen. De modo que, en la práctica, que la persona desplazada, sea incorporada a un proyecto productivo y/o de seguridad alimentaria, está supeditado a la organización y las redes sociales que logre establecer el desplazado para determinarse como interlocutor válido de las instituciones que conforman el SNAIPD, con el agravante de que esas nuevas redes sólo pueden ser tejidas, y esa capacidad organizativa sólo puede ser obtenida, gracias al estímulo del SNAIPD.

problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela.[1]

El concepto de estado de cosas inconstitucional ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez. En las sentencias más recientes sobre este fenómeno, de conformidad con la doctrina de esta Corporación, se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando:

> 1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas –que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales– y 2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.[2]

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;[3] ii) la

---

1 Véanse entre otras, las sentencias T-068 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-250 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-590 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-606 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-090 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-847 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-1695 de 2000, M. P. Marta Victoria Sáchica Méndez.

2 Sentencia SU-090 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz (estado de cosas inconstitucional por la omisión en el pago de pensiones en el departamento del Chocó).

3 Por ejemplo, en la sentencia SU-559 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Pres-

prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;[4] iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;[5] iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o

---

taciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, al encontrar que la vulneración cubría a muchos maestros de todo el país. Dijo la Corte: "30. De acuerdo con lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse desde una doble perspectiva. De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela."

4 Por ejemplo, en la sentencia T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas, dijo la Corte: "Asimismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la despenalización o la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión."

5 Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de la Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados. La Corte dijo: "8. Así mismo, como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de

presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos,[6] v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;[7] vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.[8]

---

manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo."

6 Por ejemplo en la sentencia T-1695 de 2000, M. P. Marta Victoria Sáchica Méndez, en donde la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios, la Corte señala que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacía que el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia SU-250 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, continuara. Dijo la Corte: "En este orden, cabe concluir, que si bien la convocatoria efectuada por el acuerdo No. 9 de 1999 no vulnera frente a los demás aspirantes el derecho a la igualdad de los actores para acceder al cargo de notario en los circuitos para los cuales se abrió el concurso, lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional. (...) Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU-250/98, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebra-

ción de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como habrá de ordenarse en esta providencia."

7 Por ejemplo, en la sentencia T-068 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte dijo: "De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94.000), se observa cómo casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas a las que consideran tener derecho". Igualmente, en la sentencia T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte dijo lo siguiente: "53. En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural –es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades–. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional."

8 En la misma sentencia T-068 de 1998, se dijo: "10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones."

Teniendo en cuenta estos elementos, la Corte ha declarado la existencia de varios estados de cosas inconstitucionales. A continuación se alude a algunas de esas sentencias tanto para ilustrar los alcances de este concepto como para mostrar que dicho estado ha sido declarado ante situaciones de vulneración repetida de derechos que eran menos graves que la constatada por esta Sala respecto del desplazamiento interno y que abarcaban a un número menor de personas.

La Corte ha declarado en siete ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional. La primera vez, lo hizo ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley.[9] Con posterioridad a esta sentencia, la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en seis ocasiones más: 1) por la situación de violación continua de los derechos de sindicados y procesados detenidos en las distintas cárceles del país;[10] 2) debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicados y reclusos;[11] 3) por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos de Bolívar[12] y 4) de Chocó;[13] 5) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos[14] y 6) por

---

9 Corte Constitucional, sentencia SU-559 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Corte Constitucional, sentencias T-606 y T-607 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

12 Corte Constitucional, sentencia T-525 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

13 Corte Constitucional, sentencia SU-090 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

14 Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero. En este caso, el estado de cosas inconstitucional se presentó por la omisión del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos de los defensores de derechos humanos, frente a las amenazas permanentes contra la vida de estas personas. La Corte, luego de resaltar los atentados y asesina-

la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios.[15]

Con base en el anterior recuento, se observa que frente a violaciones masivas de derechos constitucionales, una vez constatado el estado de cosas inconstitucional, la Corte ha extendido los efectos de la tutela para ordenar remedios que tengan un alcance material y temporal acorde con la magnitud de la violación y para proteger, en aras del principio de igualdad, los derechos de quienes se encuentran en una situación similar a la demandada, pero no acudieron a la acción de tutela. Así, teniendo en cuenta el deber de las autoridades de "pro-

---

tos cometidos contra miembros de ONG de derechos humanos y hacer un recuento del contenido de las circulares presidenciales emitidas para lograr el trabajo coordinado de las distintas entidades, señala que "pese a las circulares presidenciales, el ataque a los defensores de derechos humanos ha continuado (....) y hay conductas omisivas del Estado en cuanto a su protección, máxime cuando se ha puesto en conocimiento de éste el clima de amenazas contra dichos activistas. Ésta es una situación abiertamente inconstitucional, a la cual el juez constitucional no puede ser indiferente."

15 Corte Constitucional, sentencias SU-250 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-1695 de 2000, M. P. Marta Victoria Sáchica Méndez. En cuanto a la falta de convocatoria a un concurso de méritos para el nombramiento de notarios, constatado el estado de cosas inconstitucional en 1998, la Corte ordenó al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia, que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la sentencia convocara los concursos abiertos para notarios. Posteriormente, en el año 2000, constatada la continuidad del estado de cosas inconstitucional, la Corte ordenó "al Consejo Superior de la Carrera Notarial, en cabeza de su presidente, el Ministro de Justicia y del Derecho, para que a más tardar en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de este fallo, se modifiquen y rehagan las bases del concurso convocado por el Consejo Superior en el Acuerdo 1 de 1998, para la provisión del cargo de notario público en propiedad en todo el territorio nacional, que permita poner fin de una vez por todas al mencionado estado de cosas inconstitucional. Para tal efecto, el órgano encargado de administrar la carrera notarial ha de dar estricto cumplimiento no sólo a la Ley 588 de 2000 sino a las sentencias de esta Corporación, en especial a los fallos C-741 de 1998, C-153 de 1999, C-155 de 1999 y C-647 de 2000, que son de obligatorio cumplimiento."

teger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (art. 2, CP), así como el deber que tienen las ramas del poder público "de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines" (art. 113, CP), la Corte ha declarado la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución, para que las autoridades adopten, dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que permitan superar tal situación.

En consecuencia ha ordenado, entre otras cosas y, según el caso, que i) se diseñen y pongan en marcha las políticas, planes y programas que garanticen de manera adecuada los derechos fundamentales cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional; ii) se apropien los recursos necesarios para garantizar la efectividad de tales derechos; iii) se modifiquen las prácticas, las fallas de organización y de procedimiento que resultan violatorias de la Constitución; iv) se reforme el marco jurídico cuyas falencias han contribuido al estado de cosas inconstitucional; y v) se realicen los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para superar la vulneración de los derechos.

En el caso bajo estudio, si bien la Corte ha resaltado la gravedad de la crisis humanitaria que representa el desplazamiento forzado desde 1997, cuando emitió su primera sentencia sobre el tema, y ha mencionado en algunas de sus providencias que este fenómeno podría constituir un estado de cosas inconstitucional, hasta ahora, tal estado no ha sido formalmente declarado. En consecuencia, no se han dado órdenes dirigidas a superarlo.

Desde la expedición misma de la Ley 387 de 1997, y de su desarrollo normativo, así como desde que la Corte se pronunciara por primera vez sobre la problemática del desplazamiento forzado interno en las sentencias T-227 de 1997 y SU-1150 de 2000, tanto el legislador y el Ejecutivo como la Corte Constitucional han señalado la gravedad de esa situación y la urgencia de adoptar medidas que aseguren una atención adecuada a la población desplazada y la efectividad de sus derechos.

No obstante la complejidad de las acciones que se precisan para rectificar tal situación y la urgencia de tales medidas, ya han transcurrido varios años sin que se hayan adoptado los correctivos necesarios para garantizar el goce efectivo de sus derechos a la población desplazada, a pesar de las múltiples sentencias de esta Corte donde se ha encontrado una violación de los derechos fundamentales de los desplazados.

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada.

En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos.[16] En efecto, el inciso primero del artículo 1 de la Ley 387 de 1997 dice:

> Artículo 1°. Del desplazado. Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, *porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas*, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público (énfasis agregado).

En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremen-

---

[16] Ley 387 de 1997, artículo 1.

to de las mismas,[17] así como la constatación que se hace en algunos de los documentos de análisis de la política, de haber incorporado la acción de tutela al procedimiento administrativo como paso previo para la obtención de las ayudas.[18]

Además de lo anterior, si bien ha habido una evolución en la política, también se observa que varios de los problemas que han sido abordados por la Corte son de vieja data y que frente a ellos persiste la omisión de las autoridades para adoptar los correctivos necesarios (ver apartado 6 de esta sentencia).

Entre éstos se destacan la insuficiencia de recursos destinados efectivamente para la atención de los distintos componentes de la política y los problemas de capacidad institucional que afectan el desarrollo, implementación y seguimiento de la política estatal (ver apartado 6 de la presente sentencia).

En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela confirman ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos (ver apartado antecedentes de la presente sentencia). Tal como se señaló en el apartado 6 y en el Anexo 5, las distintas entidades encargadas de atender a la población desplazada han identificado varias de las omisiones y falencias de la política y de los programas desarrollados. Igualmente, las organizaciones de derechos humanos han iden-

---

[17] Este volumen se constata por el número de acciones de tutela interpuestas por los desplazados que han sido objeto de revisión por la Corte Constitucional hasta la fecha, por el número de expedientes acumulados al presente proceso que son representativos del tipo de problemas que enfrenta la población desplazada en todo el país, y por el total de acciones de tutela interpuestas por los desplazados contra la Red de Solidaridad desde 1999 hasta la fecha y que según el sistema de información de la Corte Constitucional supera las 1.200.

[18] Tal es el caso de la asignación del auxilio de vivienda que hace el Inurbe, pues los recursos entregados corresponden exclusivamente a quienes interpusieron acciones de tutela. Ver Anexo 5 sobre las observaciones a la política pública respectiva.

tificado los problemas de coordinación, la insuficiente apropiación de recursos, los obstáculos administrativos, los trámites y procedimientos innecesarios, el diseño deficiente de algunos de los instrumentos de la política, así como la omisión prolongada de las autoridades para adoptar los correctivos considerados como necesarios. Tal situación ha agravado la condición de vulnerabilidad de esta población y de violación masiva de sus derechos (ver apartado 6 y Anexo 5 de esta sentencia).

En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En efecto, como se advirtió anteriormente varios órganos del Estado, por acción u omisión, han permitido que continúe la vulneración de los derechos fundamentales de los desplazados, especialmente las entidades nacionales y locales encargadas de asegurar la disponibilidad de recursos para asegurar que los distintos componentes de la política beneficien en igualdad de condiciones a la población desplazada (ver apartado 6 y Anexo 5 de esta sentencia).

En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él (ver apartado 6.3.2.)

En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada, y adoptará los remedios judiciales correspondientes respetando la órbita de competencia y el experticio de las autoridades responsables de implementar las políticas correspondientes y ejecutar las leyes pertinentes. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

8. El Estado social de derecho y los deberes constitucionales de las autoridades frente a la dimensión prestacional de los derechos. La exigencia constitucional de concordancia entre los objetivos de la política de atención a la población desplazada y los medios económicos y administrativos destinados a su logro efectivo y oportuno.

Después de constatar la existencia de un estado de cosas inconstitucional y de adoptar la decisión de declararlo formalmente, debe la Sala determinar cuál es el remedio judicial adecuado, habida cuenta de la magnitud de la afectación de los derechos, del número de personas que no pueden gozar de ellos y de lo que razonablemente ha de lograr el Estado para cumplir sus deberes de protección.

Para este efecto, es preciso delimitar el ámbito de competencias del juez de tutela para cumplir su función de asegurar el goce efectivo, no teórico, de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, cabe recordar las implicaciones del principio de Estado social de derecho, para identificar el papel del juez constitucional (8.1), para identificar los alcances de la faceta prestacional tanto de los derechos sociales como del derecho a la vida y las libertades básicas (8.2.), y para definir los deberes específicos de las autoridades cuando el goce efectivo de los derechos fundamentales de un grupo de personas identificable –como lo es la población desplazada– depende de la destinación de recursos escasos y del desarrollo de esfuerzos institucionales mayores (8.3.).

8.1. Tal como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación, el hecho de que Colombia sea un Estado social de derecho

> […] le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia– vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.[19]

---

[19] Corte Constitucional, sentencia T-772 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Los orígenes históricos de este modelo y sus desarrollos, confirman que a menos que las limitaciones y desigualdades reales a las que el hombre está sujeto en su vida cotidiana sean efectivamente contrarrestadas mediante actuaciones positivas y focalizadas por parte de las autoridades, la libertad e igualdad del ser humano no dejarán de ser utopías abstractas.

> Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.[20]

Lo anterior implica que las autoridades están obligadas –por los medios que estimen conducentes– a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad. Ello se ve reflejado, entre otras, en el artículo segundo de la Carta:

> Son fines esenciales del Estado: *servir* a la comunidad, [...] *garantizar la efectividad* de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la *participación* de todos en las decisiones que los afectan [...] asegurar la convivencia pacífica y *la vigencia de un orden justo*. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, *y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares* (énfasis de la Sala);

---

[20] Sentencia C-1064 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

En el mandato del artículo 13 Superior, según el cual el Estado "promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados", y "protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"; en lo dispuesto por el artículo 334 superior, según el cual "[...] el Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos"; y en el mandato del artículo 366 de la Carta, que otorga la máxima prioridad al gasto social en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales; y de manera general, en las múltiples disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos de las personas, como concreción amplia del principio de la dignidad humana y de la solidaridad (art. 1, CP).

De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población, en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado "cláusula de erradicación de las injusticias presentes".[21] Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas,

---

[21] Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte ordena a las autoridades estatales adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vacunación gratuita para prevenir meningitis a niños pertenecientes a sectores históricamente marginados, con base en la cláusula de erradicación de las injusticias presentes. Esta jurisprudencia ha sido reiterada entre otras, en las sentencias T-177 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-840 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-772 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.[22]

En este sentido, también ha resaltado esta Corporación que la adopción de medidas en favor de los grupos marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador sino que es un mandato de acción, encaminado a transformar las condiciones materiales que engendran o perpetúan la exclusión y la injusticia social. Este deber estatal, si bien necesita ser desarrollado por la ley, y está atado a las apropiaciones presupuestales correspondientes, no puede quedar indefinidamente aplazado en la agenda estatal. Así lo señaló esta Corte en la sentencia SU-225 de 1997:[23]

> A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración.
>
> [...] Es importante, a este respecto, subrayar que la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa. Sin embargo, en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos cons-

---

[22] Ver, en este sentido, la sentencia C-671 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[23] Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ya citada.

tituidos al vincularlos a una función que en los términos de la Carta es perentoria.

Ahora bien, en un Estado social de derecho los deberes de las autoridades anteriormente mencionados no se circunscriben a los derechos llamados de segunda generación. Por el contrario, en determinadas circunstancias el goce efectivo del derecho a la vida en condiciones de dignidad y de otras libertades básicas puede depender de acciones positivas de las autoridades para garantizar la dimensión prestacional de tales derechos y libertades. Tales acciones positivas, cuando están dirigidas a responder a las necesidades de muchas personas, pueden desarrollarse progresivamente para garantizar la efectividad de la faceta programática y prestacional de un derecho constitucional, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados a todos.

8.2. Tal como lo subrayó la Corte en la sentencia T-595 de 2002,[24] el que un derecho tenga una marcada dimensión programática no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse:

> Así pues, el hecho de que se requiera tiempo para diseñar y planificar, así como la necesidad de apropiar y destinar recursos para adecuar las condiciones existentes, evidencia que se trata de una prestación de carácter programático, cuyo pleno e integral cumplimiento no puede ser exigido de forma instantánea.
>
> Ahora bien, si la exigibilidad de la prestación protegida por la dimensión positiva del derecho fundamental depende del paso del tiempo, no es aceptable que en el año 2002, por ejemplo, una entidad del Estado dé la misma respuesta que daba en 1992 cuando se le exigía el cumplimiento de un derecho de este tipo, que es su obligación hacer cumplir. A medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han

---

[24] Corte Constitucional, sentencia T-595 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo.

[…]

Así entendida la progresividad adquiere su pleno alcance constitucional. Tomar los derechos en serio exige, también, tomar la progresividad en serio, como lo han precisado los organismos internacionales competentes. En primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio *racional* que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser

> realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes.

El avance progresivo de los derechos, tal como lo ha señalado esta Corporación, se garantiza mediante procesos de ejecución compleja de los mandatos superiores, que están sujetos a una serie de criterios constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por la autoridades tanto al diseñar como al ejecutar la política.

Cuando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será "no la de reemplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado."

En el caso de la población desplazada para asegurar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, la respuesta del Estado ha de comprender acciones positivas lo cual pone de relieve la faceta prestacional que, unida a su dimensión de defensa contra la arbitrariedad, tienen todos los derechos cuya vulneración llevó a la Corte a declarar el estado de cosas inconstitucional.

En este sentido, [de] los problemas detectados, tal vez el más complejo, como ya se anotó en el apartado 6.3, es el de la insuficiencia presupuestal para la atención de la población desplazada con miras a asegurar el goce de sus derechos fundamentales. Las deficiencias en esta materia han ocasionado o agravado varios de los problemas que enfrentan los distintos componentes de la política, incluso los relativos a la capacidad de las instituciones para responder de manera eficaz y oportuna a las necesidades y expectativas de los desplazados, en especial a las peticiones relativas a la garantía de sus derechos constitucionales.

Si bien varios de los componentes de dicha política tienen una marcada dimensión programática y corresponden a la faceta prestacional de los derechos fundamentales vulnerados en el caso de la

población desplazada, y su realización depende de la disponibilidad de recursos, ello no significa que el Estado pueda sin limitación alguna adoptar medidas que en la práctica implican un retroceso en algunos aspectos de la política diseñada y legalmente instrumentalizada, a pesar de que ésta continúe en el papel siendo la misma.

En el presente caso, por la vía de la insuficiente apropiación presupuestal y de la omisión en la corrección de las principales falencias de la capacidad institucional mencionadas en la sección 6 de esta sentencia, el avance progresivo en la satisfacción de los derechos de la población desplazada no sólo se ha retrasado, sino que se ha ido deteriorando con el paso del tiempo en algunos aspectos ya mencionados a pesar de los logros en la reducción del ritmo de crecimiento del fenómeno al cual se aludió en el apartado 6.2.1.2. de esta sentencia (apartado 6). Ello se traduce en un incumplimiento del nivel de protección formalmente definido –en extremo se podría decir prometido– por las autoridades legislativas y ejecutivas competentes y contradice el hecho [de] que i) el gasto social y de atención a la población marginada es considerado como gasto prioritario; ii) existe una política estatal de atención integral a la población desplazada; iii) esa política fue debatida y aprobada por el Congreso, el cual le confirió carácter normativo en una ley de la República que data de 1997; iv) existe un marco reglamentario que ha desarrollado, aunque no en su totalidad, los componentes de la política; v) las autoridades nacionales y territoriales han adquirido compromisos con la población desplazada, que se ven postergados de manera indefinida por la falta de recursos suficientes y otro tipo de fallas en la capacidad institucional de las entidades responsables y; (vi) existen documentos oficiales en los que se ha cuantificado el esfuerzo financiero requerido para la política de desplazamiento y tales documentos han sido aprobados por el Conpes.

8.3. Dicho retroceso es, *prima facie*, contrario al mandato constitucional de garantizar el goce efectivo de los derechos de todos los desplazados. Por eso, el primer deber de las autoridades competentes es evitar dicho retroceso práctico en los aspectos del nivel de protección de los derechos de todos los desplazados donde éste se ha presenta-

do, así dicho retroceso sea resultado de la evolución del problema y de factores que escaparon a la voluntad de los funcionarios responsables. La gravedad, magnitud y complejidad general de un problema, por sí solas, no justifican que el grado de protección de los derechos no corresponda a los mandatos constitucionales, máxime si éstos han sido desarrollados por una ley del Congreso de la República y reglamentados por el propio Ejecutivo. Tampoco es constitucionalmente admisible que el alcance de dicha protección disminuya en la práctica, sin que se ponga de presente dicha disminución y se adopten los correctivos de manera oportuna y adecuada. De otro lado, el juez constitucional no puede desconocer las características del contexto real dentro del cual se ha constatado la afectación de los derechos fundamentales, para evitar que las órdenes que imparta para protegerlos sean inocuas o inviables. Sin embargo, el juez constitucional debe asegurarse de que se alcance el máximo de protección definida por las normas vigentes y exigir que se remedie la discordancia entre lo jurídicamente debido y lo realmente satisfecho, con miras a lograr que todos los afectados, en este caso la población desplazada, puedan disfrutar realmente de sus derechos constitucionales.

8.3.1. De lo anterior se deduce que el carácter progresivo de ciertos derechos y la dimensión prestacional de un derecho exigen de las autoridades racionalidad en el diseño y articulación de las políticas públicas relativas a tales derechos, de tal manera que éstas sean transparentes, serias y coherentes, como expresión de los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta. La transparencia exige que se hagan públicas las prestaciones que serán garantizadas así como los responsables de cumplir lo jurídicamente establecido. La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dicho instrumento y por lo tanto se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que "promete" el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transfor-

mado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específico por vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico.

Ahora bien, cuando las autoridades competentes que conocen las características de un problema social, adoptan instrumentos jurídicos o promueven su expedición por el Congreso de la República, y tales instrumentos jurídicos no articulan una política pública cualquiera, sino que propenden por el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, el juez de tutela puede ordenar que se respeten los criterios de racionalidad mínima anteriormente señalados. Ello puede implicar que se asegure la coherencia entre lo jurídicamente ordenado por normas adoptadas por los órganos competentes y los recursos necesarios para cumplir lo ordenado.

En algunas circunstancias puede ser imposible lograr, aún en el mediano plazo, esa coherencia. De constatarse que ello es así, es necesario ajustar lo prometido a lo realizable, lo cual podría representar la adopción de una medida que reduzca el alcance de la protección previamente establecida. Sin embargo, dicha medida debe cumplir estrictos requisitos, en especial asegurar los mínimos de satisfacción del derecho limitado y no desconocer las'áreas prioritarias que tienen mayor impacto sobre la población.

8.3.2. Advierte la Sala que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación,

> el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.[25] Para que pueda ser constitucional, las autori-

---

[25] Al respecto, véanse, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, Fundamento 8; SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

dades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional."[26]

El criterio sobre el control más estricto de toda aquella medida que constituya un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales ha sido también ampliamente aceptado por el derecho internacional.

El goce efectivo de los derechos de fuerte contenido prestacional –como los derechos sociales– depende de que el Estado cree y mantenga las condiciones para dicho goce y adopte políticas encaminadas a su progresiva realización. Un Estado dispone de un margen amplio de decisión al respecto. Sin embargo, de las obligaciones adquiridas por la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), se derivan unos requisitos mínimos plasmados en la Observación General No.1[27] adoptada por el Comité que interpreta dicho Pacto Internacional. Estos son: i) la elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población; ii) el diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances en los plazos fijados; iii) la divulgación periódica de los resultados alcanzados y de las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales –incluidas las organizaciones no gubernamentales– participen en la evolución de las políticas públicas pertinentes y se identifiquen las fallas, dificultades o circunstancias que inhiben la plena realización de los derechos con miras a su revisión o a la elaboración de nuevas políticas públicas más apropiadas.

---

[26] Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

[27] Adoptada durante el tercer periodo de sesiones, E/1989/22 (1989).

El segundo requisito mínimo –diseño e implementación de políticas públicas conducentes a la progresiva realización de tales derechos– comprende varios elementos que cabe resaltar, siguiendo la Observación General No. 3 adoptada por el Comité del Pidesc.[28] Primero, el Estado debe "adoptar medidas", y, por lo tanto, no es admisible la ausencia de respuesta estatal ante la no realización de los derechos. Segundo, tales medidas han de comprender "todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas", sin que los medios se puedan agotar en la expedición de normas. El Estado tiene la responsabilidad de identificar cuáles son los medios administrativos, financieros, educacionales, sociales, etc., apropiados en cada caso y de justificar que éstos son en realidad los apropiados en vista de las circunstancias. Tercero, "en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral". Cuarto, el objetivo de tales medidas es "lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos", lo cual implica que hay flexibilidad ante las limitaciones del mundo real pero también que las medidas deben estar encaminadas a avanzar, no a retroceder, empleando "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Quinto, "las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos nacionales (apartado 9) e internacionales (apartado 13) de que se disponga" y protegiendo "a los miembros vulnerables de la sociedad" (apartado 12). Sexto, el margen de flexibilidad reconocido al Estado no lo exime de "asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos", niveles que han de tener "carácter prioritario" y comprometen "todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición".

Así, por ejemplo, en materia del derecho a la Salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Uni-

---

[28] Adoptada durante el 5° periodo de sesiones, E/1991/23 (1990). Interpreta el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

das, como intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP, art. 93), ha señalado las condiciones para la adopción de medidas que puedan llegar a implicar un retroceso. En particular, en su período No. 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, el Comité adoptó la "Observación General No. 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art. 12)", y señaló que cuando existen limitaciones de recursos que obstaculizan el pleno goce del derecho a la salud, para poder adoptar medidas que reduzcan el alcance de la protección existente, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son necesarias y que "se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles" (párr. 32).

El Comité destaca en la Observación 14 que la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, por lo cual a pesar de la limitación de los recursos, el gobierno sigue obligado al menos en los siguientes cuatro aspectos: i) La limitación de recursos no permite al Estado adoptar medidas que sean discriminatorias en el acceso a los servicios de salud (párr. 30); ii) en principio las medidas que disminuyen la protección en la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto, por lo cual el Estado tiene que demostrar que éstas eran necesarias y que "se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles" (párr. 32); iii) el Estado tiene la obligación "concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización" de este derecho (párr. 31); y iv) finalmente, existen unas obligaciones básicas en salud, que deben ser satisfechas en todo caso, sin importar los recursos de que dispone un Estado, como son el acceso no discriminatorio a los servicios de salud (párr. 43), y unas prioridades, que deben ser respetadas, como la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y la adopción de medidas para combatir las enfermedades epidémicas y endémicas (párr. 44).

Estas cuatro condiciones pueden ser aplicadas a todos los derechos que tengan una marcada dimensión prestacional, en razón de las condiciones específicas en que se encuentran sus titulares, y se pueden resumir en los siguientes parámetros. Primero, *prohibición de*

discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); segundo, *necesidad de la medida* lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación); tercero, *condición de avance futuro* hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorientarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y cuarto, *prohibición de desconocer unos mínimos* de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población. Pasa la Corte a definir tales mínimos.

9. Los niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas en situación de desplazamiento

En el apartado 5 se han sintetizado algunos de los derechos de los que son titulares las personas en situación de desplazamiento, de conformidad con las normas constitucionales e internacionales que vinculan a Colombia, así como con los criterios de interpretación compilados en el documento de los Principios Rectores.

Sin embargo, dadas las magnitudes actuales del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer este cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de pon-

deración y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se prestará atención oportuna y eficaz a dichas personas. Por lo tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, resalta la Corte que existen ciertos *derechos mínimos* de la población desplazada que deben ser satisfechos *en cualquier circunstancia* por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación. ¿Cuáles son, entonces, estos derechos mínimos que deben ser siempre satisfechos?

Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados.

En cuanto a lo primero, es claro que las autoridades *en ningún caso* pueden obrar de forma tal que terminen por desconocer, lesionar o amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas –en la misma medida en que no pueden actuar de manera tal que afecten el núcleo esencial de los derechos de ninguna persona que se encuentre en el territorio colombiano–. En esa medida, no pueden los desplazados ser objeto de acciones por parte de las autoridades que atenten, por ejemplo, contra su integridad personal o contra su libertad de expresión.

En cuanto a lo segundo, observa la Sala que la mayor parte de los derechos reconocidos por la normatividad internacional y la Carta Política a las personas desplazadas imponen a las autoridades, por las circunstancias mismas en que se encuentran los desplazados, claras obligaciones de carácter prestacional, que necesariamente

implicarán un gasto público –lo cual no obsta para clasificar algunos de tales derechos como fundamentales, puesto que según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, tanto los derechos fundamentales como los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión prestacional a cargo del Estado como ya se anotó–. En criterio de la Corte, *los derechos de marcado contenido prestacional que forman parte del mínimo que siempre ha de ser garantizado a todos los desplazados son aquellos que guardan una conexidad estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos* (arts. 1, 11, 12, 13, 14, 16 y 17 CP). Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tienen la misma prioridad, lo cual no significa que el Estado no deba agotar, al máximo posible, su capacidad institucional en asegurar el goce pleno de todos los derechos de los desplazados, como ya se dijo.

Cuando un conjunto de personas definido y determinable por el propio Estado de tiempo atrás no pueda gozar de sus derechos fundamentales debido a un estado de cosas inconstitucional, las autoridades competentes no pueden admitir que tales personas mueran o continúen viviendo en condiciones evidentemente lesivas de su dignidad humana, a tal punto que esté en serio peligro su subsistencia física estable y carezcan de las oportunidades mínimas de actuar como seres humanos distintos y autónomos.

A partir de ese criterio, y con base en las obligaciones internacionales asumidas por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, así como en la compilación de criterios para la interpretación y aplicación de medidas para atender a la población desplazada contenida en los Principios Rectores, la Sala considera que los siguientes derechos mínimos encuadran bajo esta definición y, por ende, integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado:

1. El derecho a la vida, en el sentido que establece el artículo 11 CP y el Principio 10.

2. Los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (arts. 1 y 12 CP), tal y como se particularizan en el Principio 11.

3. El derecho a la familia y a la unidad familiar consagrado en los artículos 42 y 44 CP y precisado para estos casos en el Principio 17, especialmente aunque sin restringirse a ellos, en los casos de familias conformadas por sujetos de especial protección constitucional –niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia–, quienes tienen derecho a reencontrase con sus familiares.

4. El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que "las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c) vestidos apropiados, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales."[29] También se dispone que las auto-

---

[29] La ayuda humanitaria de emergencia prevista en el artículo 15 de la Ley 387 de 1997 es similar, o incluso más amplia en algunas prestaciones específicas. Dicho artículo dice: "De la atención humanitaria de emergencia. Una vez se produzca el desplazamiento, el gobierno nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas. En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de derechos humanos y el cumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario. Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del

ridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas. Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 reseñados en el Anexo 3, ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno.

En este sentido, y en cuanto a la ayuda humanitaria de emergencia, debe precisar la Corte que la *duración* de la obligación estatal mínima de proveer ayuda humanitaria de emergencia es, en principio, la que señala la ley: tres meses, prorrogables hasta por otros tres meses para ciertos sujetos. Considera la Sala que este plazo fijado por el legislador no es manifiestamente irrazonable, si se tiene en cuenta que a) fija una regla clara con base en la cual la persona desplazada puede planificar a corto plazo y tomar decisiones autónomas de auto organización que le permitan acceder a posibilidades razonables de subsistencia autónoma sin estar apremiada por las necesidades inmediatas de subsistencia; y b) otorga al Estado un plazo igualmente razonable para que diseñe los programas específicos que sean del caso para satisfacer sus obligaciones en materia de ayuda para la estabilización socioeconómica de los desplazados –es decir, le otorga al Estado un término justo para programar una respuesta razonable en materia de ayuda para la autosubsistencia del desplazado y su familia–.

---

desplazado y sus bienes patrimoniales El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento. Parágrafo. A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres (3) más."

Ahora bien, dado que el plazo señalado en la ley obedece principalmente a las dos razones indicadas, debe la Corte precisar que existen dos tipos de personas desplazadas que, por sus condiciones particulares, son titulares de un derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un período de tiempo mayor al que fijó la ley: se trata de a) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, y b) quienes no estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socioeconómico, como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad. En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado –es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello–. Ello deberá evaluarse, necesariamente, en cada caso individual. Advierte la Corte que así como el Estado no puede suspender abruptamente la ayuda humanitaria de quienes no están en capacidad de autosostenerse, tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de dicha ayuda.

5. El derecho a la salud (art. 49 CP) cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19. Ahora bien, respecto de los niños y niñas se aplicará el artículo 44 y en relación con los menores de un año, se aplicará el artículo 50 CP.

6. El derecho a la protección (art. 13 CP) frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, parti-

cularmente cuando dichas prácticas afecten el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Principio 22.

7. Para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años (art. 67, inciso 3, CP). Precisa la Sala que, si bien el Principio 23 establece como deber del Estado proveer la educación básica *primaria* a la población desplazada, el alcance de la obligación internacional que allí se enuncia resulta ampliado por virtud del artículo 67 Superior, en virtud del cual la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. También en virtud de lo dispuesto por la Carta Política, no es el Estado el único obligado a garantizar la provisión del servicio educativo en los niveles y a los grupos de edad referidos; también esta obligación cobija a los padres de familia o acudientes –quienes no pueden impedir el acceso de sus hijos a la educación en su lugar de desplazamiento– y a los menores –que están obligados a asistir a los planteles educativos correspondientes–. Por su parte, el Estado está obligado, *como mínimo*, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público. Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su *acceso* a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona.[30]

---

[30] Ésta fue la orden impartida por la Corte en la sentencia T-215 de 2002 a la Secretaría de Educación Municipal demandada: disponer el ingreso al sistema educativo de los niños tutelantes, usando los cupos disponibles en los colegios de la zona. Este trato preferente a los niños en condiciones de desplazamiento se justifica no sólo por ser la educación un derecho fundamental del que son titulares, como todos los demás menores de edad que se encuentren en territorio nacional, sino porque dadas sus condiciones de especial vulnerabilidad son sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual se traduce en materia educativa en que si no se garantiza como mínimo su educación básica, ello agravará las repercusiones de su desplazamiento sobre su autonomía personal y el ejercicio de sus derechos.

8. En relación con la provisión de apoyo para el autosostenimiento (art. 16 CP) por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento –obligación estatal fijada por la Ley 387 de 1997 y deducible de una lectura conjunta de los Principios Rectores, en especial de los Principios 1, 3, 4, 11 y 18–, considera la Corte que el deber mínimo del Estado es el de *identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados.*

Vale la pena precisar que este derecho mínimo de los desplazados no obliga a las autoridades a proveer inmediatamente el soporte material necesario para la iniciación del proyecto productivo que se formule o para garantizar su acceso al mercado laboral con base en la evaluación individual a la que haya lugar; si bien tal apoyo se debe necesariamente materializar a través de los programas y proyectos que las autoridades diseñen e implementen para tal fin, el deber *mínimo* y de *inmediato cumplimiento* que este derecho impone al Estado es el de acopiar la información que le permita prestar la debida atención y consideración a las condiciones particulares de cada desplazado o familia de desplazados, identificando con la mayor precisión y diligencia posible sus capacidades personales, para extraer de tal evaluación unas conclusiones sólidas que faciliten la creación de oportunidades de estabilización que respondan a las condiciones reales de cada desplazado, y que puedan a su turno ser incorporadas en los planes de desarrollo nacional o territorial.

9. Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento, las autoridades están obligadas a i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; ii) no impedir que las per-

sonas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse.

10. Las órdenes

Esta Corporación ha emitido dos tipos de órdenes, dependiendo de la magnitud del problema que genera la vulneración de los derechos objeto de tutela. Ha proferido órdenes de ejecución simple, generalmente referidas a órdenes de abstención o de acción que pueden ser efectuadas por una autoridad sin el concurso de otras. También ha dictado órdenes complejas, que exigen procesos de ejecución compleja, involucran a varias autoridades y requieren acciones coordinadas.[31]

---

[31] En la sentencia T-595 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte hizo la siguiente distinción doctrinaria: "En síntesis, las prestaciones progra-

En el caso presente, la Sala Tercera de Revisión dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada.

Las órdenes de carácter simple que también se dictarán en este proceso están dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en la presente acción de tutela, y resultan compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento.

10.1. Ordenes para la superación del estado de cosas inconstitucional. En cuanto a las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales, la Corte declarará la existencia de un estado de cosas inconstitucional y lo comunicará a las autoridades con responsabilidades en el tema, para que adopten, dentro de la órbita de sus competencias, y en un tiempo razonable, los correctivos que sean necesarios.

---

máticas que surgen de un derecho fundamental le imponen un derrotero a la administración en el diseño de políticas públicas que gradualmente aseguren el cumplimiento de las mismas. Estas prestaciones son también garantías puesto que no son meros enunciados de buenos propósitos y buenas intenciones que la administración, si así lo desea, puede tratar de alcanzar. Precisamente el avance progresivo en el cumplimiento de estas prestaciones se garantiza mediante procesos de ejecución compleja de los mandatos constitucionales, a diferencia de las garantías que impiden hacer las cuales son generalmente de ejecución simple puesto que se realizan en virtud de una orden de abstención dirigida al Estado que con su acción estaba violando o amenazando un derecho."

Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia.

10.1.1. Por ello, en primer lugar y dado que el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada es el órgano encargado de formular la política y de garantizar la asignación presupuestal para los programas de atención a la población desplazada, y que en dicho órgano participan las principales autoridades nacionales con responsabilidades en la materia, la Sala le comunicará del estado de cosas inconstitucional para que sea esta instancia la que determine la forma como pueda superarse la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional.

En consecuencia, ordenará que a más tardar el 31 de marzo de 2004 ese órgano defina la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para atender los compromisos definidos en la política y establezca la forma como contribuirán a dicho esfuerzo la Nación, las entidades territoriales y la cooperación internacional. Ello supone que tal instancia y sus miembros, en cumplimiento del deber de protección eficaz de los derechos de la población desplazada, determinen los mecanismos de consecución de tales recursos, adopten las decisiones que sean necesarias y establezcan alternativas viables para superar los posibles obstáculos que se presenten.

Con este mismo fin, y dada la importancia que tiene la consecución de recursos suficientes para la atención de la política como instrumento para superar el estado de cosas inconstitucional, es fundamental que al logro de este objetivo concurran el ministro de Hacienda y Crédito Público y el director de Planeación Nacional para que contribuyan a que las metas presupuestales que requiere la política de atención a la población desplazada se alcancen. Por ello, se comunicará especialmente esta sentencia a los altos funcionarios mencionados para que dentro de la órbita de sus competencias adopten decisiones conducentes a la superación del estado de cosas inconstitucional. La obtención de tales recursos deberá realizarse dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia y, de no ser posible, se aplicará lo dispuesto en esta sentencia.

Teniendo en cuenta que uno de los factores que ha generado la insuficiencia de recursos es el bajo compromiso de las entidades territoriales en la destinación de recursos apropiados para atender a la población desplazada, ya sea porque carecen de recursos suficientes o porque no han colocado como tema prioritario de la agenda política la atención de la población desplazada. Por ello, es preciso que tales entidades adopten decisiones que garanticen un mayor compromiso, como lo ordena el artículo 7 de la Ley 387 de 1997 al señalar que las autoridades territoriales convocarán los Comités de Atención a la Población Desplazada. Dicha convocatoria es obligatoria en los municipios en donde se presenten situaciones de desplazamiento forzado, según el parágrafo 3 de dicho artículo. El gobierno nacional, por intermedio del Ministerio del Interior, debe promover su creación. Las autoridades territoriales competentes determinarán el volumen de recursos que destinarán a la atención de la población desplazada y definirán los programas y componentes prioritarios de atención que asumirán. Para lograr una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales y las territoriales, los alcaldes y gobernadores donde existan asentamientos de desplazados es necesario que tales decisiones sean adoptadas en un plazo breve y que se informe al Consejo Nacional de las decisiones adoptadas, a más tardar el 31 de marzo de 2004, a fin de que tales compromisos puedan ser tenidos en cuenta por ese órgano.

Por otra parte, dada la importancia de la cooperación internacional como mecanismo para complementar los recursos que apropien la Nación y las entidades territoriales para la atención de la población desplazada, la ministra de Relaciones Exteriores, dentro de la órbita de sus competencias, definirá la estrategia de promoción de esta política para que ésta reciba atención prioritaria de la comunidad internacional.

Si luego de establecer la dimensión del esfuerzo presupuestal requerido y de evaluar los mecanismos de consecución de tales recursos, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia concluye que los compromisos asumidos en la política estatal no podrán ser cumplidos tal como han sido definidos por la Ley 387 de 1997 y sus decretos reglamentarios, así como en los documentos Conpes, en aras de los principios de transparencia y eficacia podrá redefinir tales compromisos de tal manera que exista concordancia entre las obligaciones jurídicas definidas mediante procesos democráticos por las autoridades competentes, de un lado, y los recursos efectivamente destinados a cumplir tales obligaciones. Dicha redefinición deberá hacerse públicamente, ofreciendo oportunidades suficientes de participación a los representantes de las asociaciones de desplazados, y expresando las razones específicas que justifican tal decisión, siempre que se le asegure a todos los desplazados el goce efectivo de sus derechos señalados en el apartado 9 de esta sentencia. Esta redefinición no tiene necesariamente que conducir a una disminución del alcance de los derechos de los desplazados. No obstante, si ello fuera ineludible, después de agotar todas las alternativas razonables, tales decisiones deberán cumplir con las condiciones establecidas en el apartado 8 de esta sentencia, esto es, no podrán ser discriminatorias, deberán ser medidas necesarias, ser temporales y condicionadas a que en un futuro, cuando las condiciones que llevaron a su adopción desaparezcan, se retome el camino del avance progresivo de los derechos. Y en todo caso, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad como seres humanos distintos y autónomos.

Adicionalmente, en razón a que el otro factor que contribuye al estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno son las falencias en la capacidad institucional para implementar la política de atención a la población desplazada, que ha llevado a que el Estado no responda de manera oportuna y eficaz a la situación diferente y especial en que se encuentran los desplazados respecto del resto de la población en cada una de las tres etapas en que se ha dividido, se ordenará al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.

10.1.2. A lo largo de este proceso se hizo evidente que [a] buena parte de la población desplazada se le desconoce ese mínimo de protección que debe ser siempre satisfecho. La tardanza en atender las solicitudes de los desplazados y el tiempo demasiado largo que le toma al Estado proveer la ayuda humanitaria de emergencia, así como la baja cobertura de los distintos programas y la insuficiente información y orientación que reciben los desplazados, resaltan esa vulneración y la urgencia de adoptar los correctivos necesarios. Por lo tanto, el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, deberá concluir las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.

Teniendo en cuenta la incidencia que pueden tener las decisiones que adopte el Consejo Nacional sobre los derechos de la población desplazada, también es vital que se permita a quienes puedan verse afectados por una decisión, tomar parte en el proceso para su adopción.

Por lo anterior, en la adopción de las decisiones relativas a la superación del estado de cosas inconstitucional, deberá ofrecerse a

las organizaciones que representan a la población desplazada la oportunidad de participar de manera efectiva. Ello implica, como mínimo, conocer con anticipación la decisión proyectada, recibir la oportunidad para hacerle observaciones y que las observaciones que presenten a los proyectos de decisiones sean debidamente valoradas, de tal forma que haya una respuesta respecto de cada observación, pero sin que ello implique que se deban concertar las decisiones.[32]

10.1.3. La Corte constató a través del estudio de los expedientes que varias autoridades y entidades encargadas de la atención a la

---

[32] El inciso 2 del parágrafo 1 del artículo 6, Ley 387 de 1997, prevé la posibilidad de que Consejo Nacional para la Atención Integral de la Población Desplazada, invite a representantes de las organizaciones de desplazados a participar en las reuniones de este órgano, cuando la naturaleza del desplazamiento así lo aconseje. A falta de norma específica para el caso de la política de atención a la población desplazada, puede acudirse a las normas generales. Un ejemplo de tales disposiciones se encuentra en el Decreto 2130 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución, que estipuló en su artículo primero que corresponde a los ministros, directores de departamentos administrativos, directores, presidentes o gerentes de entidades descentralizadas, superintendentes y jefes de entidades u organismos administrativos de la rama ejecutiva nacional, ejercer las siguientes funciones: "1. Señalar los proyectos de decisiones de carácter general que por razón de sus implicaciones sea conveniente colocar en conocimiento de los ciudadanos y grupos interesados para escuchar previamente sus opiniones al respecto"; "2. Disponer que se informe públicamente a los eventuales interesados, por los medios que estime adecuados, sobre el contenido básico, el propósito y los alcances de los proyectos de decisiones administrativas de carácter general a que hace referencia el numeral anterior. En el respectivo informe deberá señalarse el plazo dentro del cual se podrán presentar sus observaciones. En todo caso la autoridad administrativa adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general"; "3. Disponer el registro público de tales observaciones y de las respuestas que la entidad hubiere dado a las presentadas por quienes representen sectores significativos de la comunidad y por organizaciones no gubernamentales promotoras del interés público"; [...]"9. Elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de estas funciones el cual deberá ser anexado al informe que presenten al Congreso de la República o al Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente en la oportunidad que éste señale".

población desplazada han incorporado la interposición de la acción de tutela como requisito previo para acceder a los beneficios definidos en la Ley 387 de 1997. Tal práctica resulta contraria al artículo 2 de la Carta, y da lugar a lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, que establece que el juez de tutela puede prevenir a las autoridades para que no repitan las acciones u omisiones que generaron la violación de los derechos. Por lo cual, en el caso presente, se prevendrá a las distintas autoridades para que no incurran de nuevo en dicha práctica manifiestamente contraria a los deberes de cualquier autoridad administrativa cuya finalidad es "servir a la comunidad" (arts. 2 y 209 CP), por lo cual la Constitución los considera "servidores públicos" (arts. 123 y 124 CP) cuya responsabilidad es definida por la ley.

Así, cuando las distintas autoridades reciban una petición proveniente de un desplazado, en la cual se solicite la protección de alguno de sus derechos, la autoridad competente procederá a: 1) incorporarlo en la lista de desplazados peticionarios, 2) informarle al desplazado dentro del término de 15 días el tiempo máximo dentro del cual le dará respuesta a la solicitud; 3) informarle dentro del término de 15 días si la solicitud cumple con los requisitos para su trámite, y en caso contrario, indicarle claramente cómo puede corregirla para que pueda acceder a los programas de ayuda; 4) si la solicitud cumple con los requisitos, pero no existe la disponibilidad presupuestal, adelantará los trámites necesarios para obtener los recursos, determinará las prioridades y el orden en que las resolverá; 5) si la solicitud cumple con los requisitos y existe disponibilidad presupuestal suficiente, informará cuándo se hará efectivo el beneficio y el procedimiento [que] se seguirá para [que] lo reciba efectivamente. En todo caso, deberá abstenerse de exigir un fallo de tutela para cumplir sus deberes legales y respetar los derechos fundamentales de los desplazados. Este mismo procedimiento deberá realizarse en relación con las peticiones de los actores en el presente proceso de tutela, en particular para las solicitudes de otorgamiento de las ayudas previstas en los programas de vivienda y de restablecimiento socioeconómico.

10.1.4. Otra de las quejas frecuentes contra la política de atención a los desplazados y detectada por la Sala al examinar los expedientes objeto de revisión, consiste en que con frecuencia las autoridades encargadas de atenderlos no se aseguran que estas personas reciban un trato digno y respetuoso de sus derechos, lo cual resulta contrario al deber de protección constitucional de los derechos previsto en el artículo 2 de la Carta y a los principios que orientan la política de atención a la población desplazada plasmados en el artículo 2 de la Ley 387 de 1997. En efecto, de los expedientes se deduce que algunos funcionarios administrativos los someten a un eterno peregrinaje institucional y a trámites innecesarios, no les dan información oportuna y completa acerca de sus derechos o simplemente ignoran sus solicitudes. A este problema contribuye el hecho que quien adquiere la condición de desplazado en razón de la violencia no conoce sus derechos derivados de dicha condición. De tal manera que se ordenará a la Red de Solidaridad Social que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados para que les informen de manera inmediata, clara y precisa cuáles son los derechos orientados a garantizarles un tratamiento digno por parte de las autoridades y verifique que ello realmente suceda. Estos derechos han sido desarrollados por la ley y conforman una *carta de derechos básicos* de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno. Así, a cada desplazado se le informará que:

1. Tiene derecho a ser registrado como desplazado, sólo o con su núcleo familiar.

2. Conserva todos sus derechos fundamentales y por el hecho del desplazamiento no ha perdido ninguno de sus derechos constitucionales sino que por el contrario es sujeto de especial protección por el Estado.

3. Tiene derecho a recibir ayuda humanitaria inmediatamente se produzca el desplazamiento y por el término de 3 meses, prorrogables por 3 meses más y que tal ayuda comprende, como mínimo, *a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c) vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales*.

4. Tiene derecho a que se le entregue el documento que lo acredita como inscrito en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud.

5. Tiene derecho a retornar en condiciones de seguridad a su lugar de origen y sin que se le pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional.

6. Tiene derecho a que se identifiquen, con su plena participación, las circunstancias específicas de su situación personal y familiar para definir, mientras no retorne a su lugar de origen, cómo puede trabajar con miras a generar ingresos que le permitan vivir digna y autónomamente.

7. Tiene derecho, si es menor de 15 años, a acceder a un cupo en un establecimiento educativo.

8. Estos derechos deben ser inmediatamente respetados por las autoridades administrativas competentes, sin que éstas puedan establecer como condición para otorgarle dichos beneficios que interponga acciones de tutela, aunque está en libertad para hacerlo.

9. Como víctima de un delito, tiene todos los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen por esa condición para asegurar que se haga justicia, se revele la verdad de los hechos y obtenga de los autores del delito una reparación.

Si bien esta carta de derechos del desplazado no implica que sus demás derechos puedan ser desconocidos, ni que el desplazado obtenga, por conocer dicha carta, una protección automática de sus derechos básicos, sí garantiza, por lo menos, que se le provea información oportuna y completa sobre los deberes de las autoridades y respecto de la especial protección que ha de recibir por el hecho del desplazamiento.

10.2. Las órdenes necesarias para responder a las solicitudes de los accionantes en el presente proceso. Tal como se recogió en los antecedentes de esta sentencia, las acciones de tutela se interpusieron ante la falta de respuesta de las instituciones a las solicitudes para el otorgamiento de las ayudas previstas en los programas de vivienda y de restablecimiento socioeconómico, así como para el acceso a los servicios de salud, educación o para la prestación de

ayuda humanitaria de emergencia, o para que se les inscribiera como desplazado en el Sistema Único de Registro. A través de la acción de tutela los actores esperan una respuesta de fondo y oportuna a sus solicitudes que se traduzca en la materialización de dichas ayudas.

Sin embargo, como también surge de los expedientes objeto de revisión, en muchos de los casos, los actores no cumplieron con el procedimiento definido para la obtención de la ayuda solicitada, ya sea porque no se postularon para el auxilio de vivienda, no presentaron un proyecto productivo, o no adelantaron los trámites mínimos para la solicitud de la ayuda. En otros casos, los peticionarios cumplieron con todos los requisitos, recibieron una respuesta afirmativa de la entidad, pero están esperando que la ayuda solicitada fuera efectivamente entregada. Por lo anterior, dado que incluso entre peticionarios que interpusieron la acción de tutela de manera conjunta existe una situación distinta, no es posible ordenar de manera general que se entreguen las ayudas solicitadas, sino que es necesario que se examine cada caso separadamente para determinar si ha habido una violación de sus derechos.

En todo caso reitera la Sala que la acción de tutela no puede ser empleada para alterar el orden en que serán entregadas las ayudas solicitadas ni para desconocer los derechos de otros desplazados que no acudieron a la acción de tutela y que se encuentran, en igualdad de condiciones, a la espera de una respuesta de la entidad.

10.2.1. En consecuencia, la Sala ordenará a las autoridades responsables de dar respuesta a las solicitudes de ayuda relativas al acceso a alguno de los programas de estabilización económica –trabajos temporales, proyectos productivos, capacitación, seguridad alimentaria, etc. y de vivienda, que dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia, si no lo han hecho todavía, den respuesta de fondo a las solicitudes de los peticionarios, siguiendo los lineamientos descritos anteriormente en el párrafo 10.1.3. Esta orden sigue la línea jurisprudencial fijada por la Corte en la materia, en casos similares a los que originaron la presente tutela, en especial las sentencias T-721 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-602 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, sobre derecho a la vivienda; T-669 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sobre protección de los dere-

chos de petición y trabajo y acceso a las diferentes alternativas de consolidación económica; T-419 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, sobre vivienda y estabilización económica.

10.2.2. Acogiendo una orden similar a la dada por la Corte en la sentencia T-215 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño en cuanto a la forma como deben ser resueltas las solicitudes de inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, en la presente sentencia se ordenará a la Red de Solidaridad, que a través de las distintas seccionales de las zonas donde se encuentran los actores, adelante la evaluación de la situación de los peticionarios en un plazo no mayor a 8 días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, para determinar si cumplen las condiciones objetivas del desplazamiento y, en caso afirmativo, darles acceso inmediato a las ayudas previstas para su protección.

10.2.3. Igualmente, en relación con las solicitudes de entrega de la ayuda humanitaria de emergencia, la Red de Solidaridad Social, deberá adelantar las gestiones necesarias para que en un plazo no mayor de 8 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, se conceda efectivamente, si aún no lo ha hecho, la ayuda humanitaria solicitada a los peticionarios. En lo que tiene que ver con las solicitudes de prórroga de la ayuda humanitaria de emergencia, la Red de Solidaridad Social deberá iniciar dentro de los 8 días siguientes a la notificación de este fallo, la evaluación, caso por caso, de la situación de los peticionarios para determinar si existen las condiciones objetivas de urgencia extraordinaria, que indican que tales personas no están en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o de restablecimiento socioeconómico, y se justifica la continuación de la ayuda humanitaria, independientemente de que el plazo de 3 meses y su prórroga hasta por otros 3 meses más haya sido superado. En el evento que las condiciones de urgencia extraordinaria o incapacidad para acceder a los programas de estabilización económica se presenten, la Red de Solidaridad Social deberá aplicar de manera preferente la Constitución, y continuar prestando dicha ayuda mientras tales condiciones subsistan.

10.2.4. En el caso de las solicitudes de acceso efectivo al sistema de seguridad social en salud y la entrega de medicamentos, teniendo en cuenta lo ordenado por esta Corte en su jurisprudencia, en particular en las sentencias T-419 y T-645 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, y T-790 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se ordenará a la Red de Solidaridad Social y a las Secretarías de Salud de las entidades territoriales en las cuales se encuentren ubicados los accionantes, para que en el plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, adelanten de manera coordinada, si aún no lo han hecho, todas las acciones necesarias para garantizar el acceso efectivo de los accionantes al sistema de salud, y se les garantice el suministro de los medicamentos que requieran para su tratamiento.

10.2.5. En el caso de las solicitudes de acceso efectivo al sistema educativo de los menores de edad hasta los 15 años, teniendo en cuenta lo ordenado por esta Corporación en su jurisprudencia, en particular en las sentencias T-268 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-215 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se ordenará a la Red de Solidaridad Social y a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales en las cuales se encuentren ubicados los accionantes, para que en el plazo máximo de un mes, contado a partir de la notificación de la presente tutela, adelanten todas las acciones necesarias para garantizar el acceso efectivo de los accionantes al sistema de educativo.

10.2.6. En cuanto a la solicitud de protección de las tierras, propiedades y posesiones dejadas abandonadas por los desplazados, la Corte ordenará a la Red de Solidaridad Social, como coordinador de la política de atención a la población desplazada y administrador del Sistema Único de Registro de la Población Desplazada, que incluya como parte de la información solicitada al desplazado, la relativa a predios rurales que posea o de los que sea propietario, precisando la titularidad de los derechos constituidos y las características básicas del inmueble, a fin de que con base en dicha información se proceda a dar aplicación al procedimiento y a los mecanismos de protección de tales bienes previstos en el Decreto 2007 de 2001.

10.2.7. En relación con las solicitudes de conformación de comités territoriales para la creación de programas especiales de estabilización económica, vivienda o seguridad alimentaria, la Corte no dará una orden específica en este sentido, no sólo porque no existe un derecho constitucional fundamental a que se conforme un órgano como ese con dicho propósito. No obstante, las órdenes generales dirigidas a superar el estado de cosas constitucional comprenden dicha solicitud puesto que cada entidad territorial, dentro de lo dispuesto por las normas vigentes, habrá de determinar la forma como cumplirán con el deber de protección a la población desplazada, lo cual podrá incluir la conformación de tales comités.

10.2.8. En cuanto a la solicitud de declarar que las omisiones del director de la Red de Solidaridad Social constituyen causal de mala conducta, la Corte también se abstendrá de dictar una orden en este sentido, pues no existe un derecho genérico a que se sancione por las acciones u omisiones de otros funcionarios a quien la Ley 387 de 1997 asignó una responsabilidad principal de coordinación de la respuesta institucional a un problema de la magnitud y complejidad del desplazamiento forzado. La determinación de la existencia de una falta disciplinaria corresponde a la Procuraduría General de la Nación, la cual analiza en cada caso concreto si se ha incurrido o no en una causal de mala conducta previamente definida por el legislador.

10.2.9. En cuanto a la solicitud para [que] una de las personas inscritas bajo un núcleo familiar sea desvinculada de él y se le permita continuar recibiendo la ayuda humanitaria como un núcleo familiar, la Sala, teniendo en cuenta la especial protección de la mujer cabeza de familia según lo indicado en el apartado 3 de esta sentencia, concederá la tutela.

Aun cuando, de conformidad con lo que establece el Decreto 2591 de 1991 los términos para el cumplimiento de las órdenes se cuentan a partir de la notificación del fallo, nada impide que el director de la Red de Solidaridad y los demás funcionarios responsables de la política de atención a la población desplazada a quienes se les comunique el presente fallo, agilicen el cumplimiento de las órdenes, a fin de garantizar en el menor tiempo posible los derechos a la población desplazada.

Para asegurar el cumplimiento de estas órdenes por parte de las distintas autoridades, se comunicará la presente sentencia al defensor del pueblo y al procurador General de la Nación para que, dentro de la órbita de sus competencias, efectúen un seguimiento del cumplimiento del presente fallo y vigilen la actuación de las autoridades.

IV. Decisión

En mérito de lo anterior, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve

Primero. Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

Segundo. Comunicar, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

a) A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número,

ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

b) Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el director de la Red de Solidaridad Social, los ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán i) redefinir las prioridades de esa política y ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.

c) Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.

Tercero. Comunicar, por medio de la Secretaría General, el estado de cosas inconstitucional al Ministro del Interior y de la Justicia, para que promueva que los gobernadores y alcaldes a que se refiere el artículo 7º de la Ley 387 de 1997, adopten las decisiones necesa-

rias para asegurar que exista coherencia entre las obligaciones, constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que debe destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales. En la adopción de tales decisiones ofrecerán oportunidades suficientes de participación efectiva a las organizaciones que representen los intereses de la población desplazada. Las decisiones adoptadas serán comunicadas al Consejo Nacional a más tardar el 31 de marzo de 2004.

Cuarto. Ordenar al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.

Quinto. Ordenar al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.

Sexto. Comunicar, por Secretaría General, la presente sentencia al ministro de Hacienda y Crédito Público, y al director del Departamento Nacional de Planeación, para lo de su competencia.

Séptimo. Comunicar, por Secretaría General, la presente sentencia a la Ministra de Relaciones Exteriores, para lo de su competencia.

Octavo. Prevenir a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstengan de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos en la ley. Tales servidores públicos deberán atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la orden décima de esta sentencia.

Noveno. Comunicar la presente sentencia al director de la Red de Solidaridad Social para lo de su competencia y *ordenarle* que instru-

ya a las personas encargadas de atender a los desplazados, para que les informen de manera inmediata, clara y precisa la *carta de derechos básicos* de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno señalada en el apartado 10.1.4. de esta sentencia y establezca mecanismos para verificar que ello realmente suceda.

Décimo. En relación con las órdenes puntuales para el otorgamiento de las ayudas previstas en los programas de vivienda y de restablecimiento socioeconómico, la Red de Solidaridad Social, el Inurbe o quien haga sus veces, Fuduifi o quien haga sus veces, Incora o quien haga sus veces, así como las entidades encargadas de estos programas a nivel departamental y municipal, deberán contestar de fondo, de manera clara y precisa las peticiones presentadas por los actores en el presente proceso, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1) Incorporar la solicitud en la lista de desplazados peticionarios;
2) Informar al peticionario dentro del término de 15 días el tiempo máximo dentro del cual le dará respuesta a la solicitud;
3) Informar al peticionario dentro del término de 15 días si la solicitud cumple con los requisitos para su trámite, y en caso contrario, indicarle claramente cómo puede corregirla para que pueda acceder a los programas de ayuda;
4) Si la solicitud cumple con los requisitos, pero no existe la disponibilidad presupuestal, adelantará los trámites necesarios para obtener los recursos, determinará las prioridades y el orden en que las resolverá;
5) Si la solicitud cumple con los requisitos y existe disponibilidad presupuestal suficiente, informará cuándo se hará efectivo el beneficio y el procedimiento se seguirá para que lo reciba efectivamente.
6) En todo caso, deberá abstenerse de exigir un fallo de tutela para cumplir sus deberes legales y respetar los derechos fundamentales de los desplazados.

Derechos de los trabajadores migrantes

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Opinión Consultiva OC-18 del 17 de septiembre de 2003
Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos
Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados

[…]

VI. Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación

70. En relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, las siguientes normas son invocadas en la consulta:

a) Artículo 1 de la Convención Americana, el cual señala que:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

b) Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula que:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

   a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
   b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
   c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

71. En lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación, las normas mencionadas en la consulta son:

a) Artículos 3.l y 17 de la Carta de la OEA, los cuales señalan que:

> Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.
>
> Cada Estado tiene el derecho de desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.

b) Artículo 24 de la Convención Americana, que determina que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

c) Artículo II de la Declaración Americana, el cual manifiesta que: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

d) Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula que:

> Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

e) Artículo 2.1 de la Declaración Universal, el cual señala que:

> Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos

72. A continuación, la Corte considera pertinente hacer referencia a la obligación estatal general de respetar y garantizar los derechos humanos, que es de suma importancia, para luego proceder a analizar el principio de igualdad y no discriminación.

73. Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.

74. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales.[1]

---

[1] Algunos de estos instrumentos internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2), Protocolo Adicional a la Convención Américana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (art. 1), Carta de las Naciones Unidas (art. 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 7), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1), Carta Social Europea (Preámbulo), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (art. 1), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (art. 2).

75. En lo que atañe a la Convención Americana y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normativa indicada por México en las preguntas de la solicitud de opinión consultiva que se analizan en este acápite, los órganos de supervisión de dichos instrumentos se han pronunciado sobre la mencionada obligación.

76. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que:

> [e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.
>
> Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.
>
> Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.[2]

---

[2] Caso "Cinco Pensionistas" sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, párr. 163; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79, párr. 154; y caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72, párr. 178.

77. Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile)*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.[3]

78. En el mismo sentido, el Tribunal ha señalado que:

[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.[4]

---

[3] Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 27, párr. 164; caso Cantos, sentencia del 28 de noviembre de 2002, Serie C, No. 97, párr. 59; caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, sentencia del 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94, párr. 213; también "principe allant de soi"; Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, CPJI, Recueil des Avis Consultatifs, Série B, No. 10, p. 20.

[4] Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 27, párr. 165; caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 180, y caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C, No. 69, párr. 178.

79. Por su parte, en relación con lo establecido en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha observado que:

> […] en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. […]

A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto.[5]

80. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que:

> La Convención no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados Partes a respetar los derechos y libertades que contiene; tal y como establece el artículo 14 (art. 14) y el texto en inglés del artículo 1 (art. 1) ("debe asegurar", "*shall secure*"), la Convención además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades,

---

[5] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (art. 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrs. 1 y 2.

aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados.[6]

81. Como se desprende de lo anteriormente expuesto, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

Principio de igualdad y no discriminación

82. Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, este Tribunal procederá a referirse a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación.

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (supra párr. 71), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio".[7]

84. En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término dis-

---

6 Eur. Court H.R., case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A, No. 25, para. 239.

7 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4, párr. 54.

tinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.

85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

86. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales.[8] El hecho de estar regulado el principio de igualdad

---

[8] Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (art. 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (art. 3); Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (arts. 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la

y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

87. El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La Corte Interamericana ha entendido que:

Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (art. 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (arts. 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (arts. 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (art. 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, arts. 19 a 24; II.B.2, arts. 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (arts. 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrs. de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (art. 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (arts. 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts. 1 y 14); Carta Social Europea (arts. 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (arts. 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (art. 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (ar. 1).

> [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[9]

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido de que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana".[10] En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en "los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable".[11] Pueden

---

9 Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 45, y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 55.

10 Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 46, y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 56.

11 Cfr. Eur. Court H.R., case of Willis v. The United Kingdom, Jugdment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., case of Wessels-Bergervoet v. The

establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.[12] Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

90. Al respecto, la Corte Europea indicó también que:

> Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art. 14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 (art. 14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.

Netherlands, Jugdment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A, 1968, para. 10.

12 Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 46.

> En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención.[13]

91. Por su parte, la Corte Interamericana estableció que:

> [n]o habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.[14]

92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:

---

13 Eur. Court H.R., case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A, 1968, para. 10.

14 Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 47; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 57.

> […] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[15]

93. Además, el mencionado Comité indicó que: "[…] el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia".[16]

94. El Comité de Derechos Humanos también ha señalado que:

> [l]os Estados Partes deben velar por que se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto "a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción" […]. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas. […]
>
> Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el Pacto son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (art. 25), en tanto que el artículo 13 es aplicable sólo a los extranjeros. No obstante, la experiencia del Comité en el examen de los informes demuestra que en algunos países se niegan a los extranjeros otros derechos de los cuales

---

15 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

16 Ibídem.

> deberían disfrutar, o que dichos derechos son objeto de limitaciones especiales que no siempre pueden justificarse con arreglo al Pacto. […]
>
> El Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica, según proceda. […]
>
> Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto.[17]

95. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido,[18] en cuanto al principio de la igualdad y no discriminación, que éste

> [s]ignifica que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón. La igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos.

96. Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados.

---

[17] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 11/04/86, CCPR/C/27, párrs. 1, 2, 4, 7, 8 y 9.

[18] African Commission of Human and Peoples´ Rights, Communication No. 211/98 - Legal Resources Foundation v. Zambia, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, para. 63.

Carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación

97. La Corte procede ahora a considerar si este principio es de *jus cogens*.

98. El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general". Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens superviniente*, al señalar que "[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará". El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.[19]

99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los

---

[19] Cfr. ICTY, Trial Chamber II: Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, Case No. IT-95-17/1-T, paras. 137-146, 153-157; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, ICJ, Reports 1996, p. 595; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, ICJ Reports 1970, p. 3, y Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: ICJ, Reports 1951, p. 15.

Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona".[20] El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación)

---

[20] Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 45; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 55.

forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens.*

Efectos del principio de igualdad y no discriminación

102. De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *2*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto de los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la

medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

107. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio.

108. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que:

> […] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.[21]

---

[21] Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 27, párr. 136; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 27, párr. 113; caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74, párrs. 136 y 137; Garantías judiciales en Estados de Emergencia, supra nota 17, párr. 24.

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

110. Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (supra párr. 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados; precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

VII. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes

111. Una vez establecidos el carácter de *jus cogens* del principio de igualdad y no discriminación, y los efectos que se derivan de la obligación de los Estados de respetar y garantizar este principio, el Tribunal procederá a referirse a la migración en general y a la aplicación de dicho principio a las personas migrantes indocumentadas.

112. Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por

situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

113. Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

114. Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre "Protección de los migrantes", según la cual se debe tener presente "la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular".[22] La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación "por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo".[23] Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró

> la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección […].[24]

---

[22] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantess", del 24 de febrero de 2000.

[23] Ibídem.

[24] Ibídem.

115. La Corte es consciente de que, según lo observó también la Asamblea General de las Naciones Unidas, "entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, ha[n] contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional".[25]

116. En relación con lo anteriormente señalado, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, se indicó que:

> Los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones internacionales se produce entre países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados.[26]

117. En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes.[27]

---

[25] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre "Migración internacional y desarrollo", del 1° de febrero de 2000.

[26] Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1.

[27] Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995, Programa de Acción, párrs. 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A. 10. 2 a 10.20; Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CONF. 157/23, 12 de julio de 1993, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en

118. Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

119. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que:

> […] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable

---

Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción, I.24 y II.33-35.

> deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional.[28]

120. Al abordar el principio de la igualdad y no discriminación, se debe tener presente la continua evolución del derecho internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado, en su Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal,* que:

> El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.[29]

121. El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Al respecto, este Tribunal ha opinado,[30] en la referida Opinión Con-

---

[28] African Commission of Human and Peoples' Rights, Communication No. 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l' Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal and Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola, decision of 11 November, 1997, para. 20.

[29] El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra nota 1, párr. 115.

[30] El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, supra nota 1, párr. 117 y 119; Condición

sultiva sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, que:

> […] para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del derecho internacional.

y que:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se en-

---

jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párrs. 97 y 115; caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, supra nota 28, párr. 146.

> cuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

122. La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

123. Tal como ya ha señalado este Tribunal, el debido proceso legal se refiere al

> conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier […] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.[31]

124. Asimismo, la Corte ha indicado[32] que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".[33] Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.

125. Además, es importante establecer, como ya lo ha hecho la Corte, que "[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración

---

31 Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 124; caso Ivcher Bronstein, supra nota 46, párr. 102; caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia, supra nota 17, párr. 27.

32 Caso Ivcher Bronstein, supra nota 46, párr. 103; caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 125; caso del Tribunal Constitucional, supra nota 56, párr. 70.

33 Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas".[34]

126. Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.

127. Habiendo la Corte establecido lo que es aplicable a todos los migrantes, pasa a analizar, a continuación, los derechos de los trabajadores migrantes, en particular los indocumentados.

VIII. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

128. Como ya se ha señalado en el glosario (supra párr. 69), trabajador migrante es toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. Esta definición está consagrada en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 2.1).

129. Los trabajadores migrantes documentados o en situación regular son los que "han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo[35] de con-

---

[34] Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 127.

[35] Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares del 18 de diciembre de 1990, artículo 6.b), según el cual el Estado de empleo es "el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada [...]".

formidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte".[36] Los trabajadores indocumentados o en situación irregular son los que no cumplen con las condiciones que sí reúnen los trabajadores documentados, es decir, no cuentan con autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un Estado del cual no son nacionales.

130. A continuación el Tribunal procederá a pronunciarse sobre los trabajadores migrantes indocumentados y sus derechos.

131. Es menester hacer referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes frente a los trabajadores nacionales. Al respecto, el preámbulo de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares consideró "la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo".

132. Hoy en día los derechos de los trabajadores migrantes "no han sido debidamente reconocidos en todas partes"[37] e incluso los trabajadores indocumentados "son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y […] para determinadas empresas[,] [lo cual] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal".[38]

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El

---

[36] Naciones Unidass, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 18 de diciembre de 1990, artículo 5.a).

[37] Ibídem.

[38] Ibídem.

derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.

136. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

137. No basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores migrantes, sino que es pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y a terceros.

138. Las relaciones laborales se establecen tanto en el derecho público como en el derecho privado, y en ambos ámbitos el Estado tiene un rol importante.

139. En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente.

140. En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes)*. Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

141. La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, ha esbozado la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros *(erga omnes)*, habiendo señalado que:

> Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación de los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la res-

ponsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.[39]

142. Asimismo, este Tribunal ha ordenado, a través de medidas provisionales, la protección de miembros de comunidades y de personas que les prestan servicios, por actos de amenazas de muerte y daños a su integridad personal presuntamente causados por el Estado y terceros.[40] Además, en otra oportunidad ordenó la protección de las personas privadas de libertad en una cárcel, ante las muertes y amenazas que ocurrían en el interior de la misma, muchas de las cuales presuntamente fueron perpetradas por los propios reclusos.[41]

143. La Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la aplicabilidad del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a las relaciones interindividuales, cuando declaró que el Estado había violado dicho Convenio por haber impuesto una restricción a la libertad de asociación, que establecía que la pertenencia a determinados sindicatos era condición necesaria para que los peticionarios en el caso pudieran continuar siendo empleados de una empresa, puesto que la restricción impuesta no era "necesaria en una sociedad democrática".[42] En otro caso, la Corte Europea consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 de dicho Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar) es esencialmente la protección del individuo contra

---

39 Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 172; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párrs. 181, 182 y 187.

40 Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana del 18 de junio de 2002, Serie E, No. 3; caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana del 6 de marzo de 2003.

41 Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana del 18 de junio de 2002.

42 Eur. Court H.R., case of Young, James and Webster v. The United Kingdom (Merits), Judgment of 13 August 1981, Series A, No. 44, paras. 48 to 65.

interferencias arbitrarias de autoridades públicas, el Estado debe abstenerse de realizar tales interferencias; además de este deber de abstención, existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar, que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada inclusive en las relaciones entre individuos. En este último caso, dicho Tribunal encontró que el Estado había violado el derecho a la vida privada y familiar de una joven mentalmente discapacitada que había sido agredida sexualmente, por cuanto no pudo iniciarse proceso penal alguno contra el agresor debido a un vacío en la legislación penal.[43]

144. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por su parte, ha considerado que el derecho a la libertad y a la seguridad personales, consagrado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impone al Estado la obligación de tomar las medidas adecuadas para asegurar la protección de un individuo amenazado de muerte; es decir, que una interpretación de dicho artículo que autorizara a los Estados Partes a ignorar las amenazas que pesen contra la vida de personas bajo su jurisdicción, aunque no hayan sido detenidas o arrestadas por agentes estatales, privaría a las garantías previstas en el Pacto de toda eficacia.[44] Además, dicho Comité consideró que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de los miembros de minorías contra las agresiones de particulares. A su vez, en sus Comentarios Generales Nos. 18 y 20 sobre la "no discriminación" y el artículo 7 del referido Pacto, el Comité ha señalado que los Estados Partes deben sancionar la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, cometidos por funcionarios públicos, otras personas que actúen en nombre del Estado y particulares; así como también deben "adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto".

---

[43] Eur. Court H.R., case of X and Y v. The Netherlands (Merits), Judgment of 26 March 1985, Series A, No. 91, para. 23.

[44] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Delgado Páez c. Colombia, decisión del 12 de julio de 1990, No. 195/85, párr. 5.5.

145. Adicionalmente, en una decisión relativa a la obligación de investigar los actos de discriminación racial y violencia contra personas de otro color u origen étnico cometidos por particulares, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que "cuando se han realizado amenazas de violencia racial, especialmente cuando han sido realizadas en público y por un grupo, el Estado debe investigar tales amenazas con la debida diligencia". [45]

146. De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.

147. La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.

148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar

---

[45] Cfr. UN, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Communication No. 4/1991, L.K. v. The Netherlands, paras. 6.3 and 6.6; y también cfr., inter. alia, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación.

situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

149. Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de jure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes.

150. En muchas ocasiones los trabajadores migrantes deben acudir al aparato estatal para la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, los trabajadores de empresas privadas recurren al Poder Judicial para reclamar el pago de salarios, indemnizaciones, etc. Estos trabajadores también utilizan muchas veces los servicios de salud estatales o cotizan para el sistema estatal de pensiones. En todas estas ocasiones el Estado también está involucrado en esta relación entre particulares como garante de los derechos fundamentales, puesto que se requiere la prestación de un servicio determinado de su parte.

151. En las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica.

152. El Estado es entonces responsable por sí mismo tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación.

153. En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

154. Más aún, hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como el de la denegación del derecho a la pensión de un trabajador migrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.

155. La Corte señala que los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Es decir, que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a nivel nacional en las constituciones políticas; en la legislación laboral; en los convenios colectivos; en los convenios-ley; en los decretos o incluso en las prácticas locales y específicas; o a nivel internacional, en cualquier tratado internacional del que sea parte.

156. Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe

realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente.

157. En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

158. Esta Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una opor-

tunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.

159. En muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los derechos laborales ya mencionados. Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular. Esto no debe ocurrir; pese a que podría verse deportado un trabajador migrante indocumentado, éste último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador.

160. La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

IX. Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

161. A continuación, la Corte hará referencia a las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias únicamente a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

162. En esta sección de la presente Opinión Consultiva, se considerará si es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que los Estados americanos subordinen y condicionen la observancia de los derechos humanos a sus políticas migratorias, y ello se hará a la luz de las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones oponibles *erga omnes*.

163. La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.

164. Al respecto, la Declaración y el Programa de Acción de Durban adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia[46] instaron a todos los Estados a que "[r]evisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos". Asimismo, en el párrafo 9 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/5 sobre "El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia" se "pid[ió] a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes".

165. Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la obser-

---

[46] Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, párrs. 38 y 30.b), respectivamente.

vancia de los tratados, que: "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.

167. Sobre el particular, la Corte Interamericana ha señalado que la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.[47] En relación con esto, este Tribunal ha señalado que:

> En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile)*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.[48]

---

47 Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 27, párr. 165; caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 180; y caso Cantoral Benavides, supra nota 29, párr. 178.

48 Caso "Cinco Pensionistas", supra nota 27, párr. 164; caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie

168. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (supra párrs. 84, 89, 105 y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables.

169. Considerando que la presente Opinión se aplica a las cuestiones relacionadas con los aspectos jurídicos de la migración, la Corte estima conveniente señalar que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.

170. Por lo tanto, no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulne-

---

C, No. 73, párr. 87; caso Baena Ricardo y otros, supra nota 27, párr. 179; caso Durand y Ugarte, sentencia del 16 de agosto de 2000, Serie C, No. 68, párr. 136; también "Principe allant de soi", Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, CPJI, Recueil des Avis Consultatifs, Série B, No. 10, p. 20.

rabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente.

171. Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable. Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.

172. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

X. Opinión

173. Por las razones expuestas,

La Corte, decide por unanimidad,

Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y es de opinión, por unanimidad,

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens.*

5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir

una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Terrorismo y derechos humanos

Informe del Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 7 de febrero de 2005*

[...] III. Cuestiones que afectan el disfrute de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo

4. Ante todo, el experto independiente desea expresar su condena de todos los actos de terrorismo y su convicción de que el terrorismo representa una grave amenaza para el ejercicio de los derechos humanos, el funcionamiento de las instituciones democráticas y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. También expresa su solidaridad con las víctimas del terrorismo y sus familias.

5. El propósito de las redes mundiales de terroristas de infligir pérdidas de vidas sin precedentes, como lo demostraron los atroces atentados perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América y otros atentados en otras partes del mundo, exige sin duda una mayor cooperación a nivel internacional y regional para prevenir, reprimir y sancionar la violencia terrorista. No obstante, para que la lucha contra el terrorismo tenga éxito es imprescindible que la comunidad internacional no sólo responda a las consecuencias de la violencia terrorista sino que también respete el imperio de la ley al combatirla.

---

* Naciones Unidas, E/CN.4/2005/103, 7 de febrero de 2005

6. A raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1373 (2001), del 28 de septiembre de 2001, que obligaba a los Estados, entre otras cosas, a aplicar medidas internas más eficaces de lucha contra el terrorismo, y por la que se creó el Comité contra el Terrorismo para que vigilara esas medidas. Lamentablemente, en la Resolución no se hace amplia referencia[1] al deber de los Estados de respetar los derechos humanos en la elaboración y la aplicación de tales medidas contra el terrorismo. Esta omisión puede haber hecho pensar que el éxito de la lucha mundial contra el terrorismo podía obtenerse al precio del sacrificio de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, el Consejo de Seguridad rechazó toda noción de este tipo en una declaración que figura en el anexo de la Resolución 1456 (2003), aprobada el 20 de enero de 2003, en que se declara que "los Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional, [...] en particular las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario". En la sesión especial del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad celebrada el 6 de marzo de 2003, el Secretario General, haciéndose eco de esta opinión, señaló que:

> Nuestras respuestas al terrorismo, además de nuestros esfuerzos para frustrarlo e impedirlo, deben respaldar los derechos humanos que los terroristas se proponen destruir. El respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y el imperio de la ley son instrumentos esenciales en la lucha contra el terrorismo, no privilegios que deban sacrificarse en momentos de tensión.

---

[1] Resolution 1373 (2001) contained only a brief reference to human rights, in paragraph 3 (f) on refugee determinations.

A. Respeto del imperio de la ley en la lucha contra el terrorismo: protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia

7. Debidamente enfocadas, la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no se oponen sino que son responsabilidades complementarias de los Estados. Como se establece en la Declaración de Berlín, aprobada el 28 de agosto de 2004 en la Conferencia Bienal de la Comisión Internacional de Juristas, "la salvaguardia de las personas contra actos terroristas y el respeto de los derechos humanos forman parte de una red de protección que le corresponde al Estado asegurar".[2] Varias organizaciones regionales y órganos intergubernamentales, como la Organización de los Estados Americanos[3] y el Consejo de Europa,[4] han aprobado tratados o

---

[2] The Berlin Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism, adopted 28 August 2004 at the Biennial Conference of the International Commission of Jurists, "Human Rights and Counter-Terrorism: Challenges and Responses", Berlin, 27-29 August 2004, available at http://www.icj.org.

[3] See article 15 (1) of the Inter-American Convention Against Terrorism, AG/Res. 1840 (XXXII-0/02), adopted on 3 June 2002, stating "The measures carried out by the States parties under this Convention shall take place with full respect for the rule of law, human rights, and fundamental freedoms".

[4] See "Guidelines on human rights and the fight against terrorism", adopted on 11 July 2002 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, guideline II, "Prohibition of arbitrariness", stating "[a]ll measures taken by States to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision", available at http://www.coe.int/T/E/Human-rights/h-inf (2002) 8eng.pdf. See also Council Framework Decision of 13 June 2002, on combating terrorism of the Council of the European Union, adopted stating that "[t]his Framework Decision respects fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they emerge from the constitutional traditions common to the Member States as principles of Community law." Preamble, paragraph 10, in *Official Journal* No. L 164, 22/06/2002, p. 0003-0007.

directrices que afirman la importancia de proteger los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. No obstante, desde la aprobación de la Resolución 1373 (2001), otros órganos regionales y numerosos Estados han aprobado medidas contra el terrorismo que no son compatibles con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas. Esto dio lugar a que los relatores especiales y expertos independientes de las Naciones Unidas aprobaran en su reunión anual celebrada en Ginebra en junio de 2003 una declaración conjunta (E/CN.4/2004/4, anexo I), en la que expresaron su profunda preocupación por la multiplicación de políticas, leyes y prácticas que estaban aprobando cada vez más los Estados en nombre de la lucha contra el terrorismo, que afectaban negativamente al goce de prácticamente todos los derechos humanos.

8. Cabe recordar que, al elaborar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y diversos instrumentos regionales de derechos humanos, los Estados eran plenamente conscientes de la necesidad de lograr un equilibrio realista entre las necesidades de seguridad nacional y la protección de los derechos humanos. En consecuencia, los Estados incluyeron en esos instrumentos disposiciones que les permitieran, ante una situación de excepción o crisis que pudiera entrañar violencia o amenazas terroristas reales o inminentes, limitar, restringir o, en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 4 del Pacto, suspender algunos derechos consagrados en esos instrumentos. Las restricciones y limitaciones de los derechos, permitidas incluso en tiempos de paz, deben estar previstas en los tratados que protegen esos derechos.[5]

---

[5] The African Charter on Human and Peoples Rights, concluded at Banjul, 26 June 1981, entered into force 21 October 1986 (hereinafter the African Charter); the American Convention on Human Rights, concluded at San José, 22 November 1969, entered into force, 18 July 1978 (hereinafter the American Convention); the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concluded at Rome, 4 November 1950, entered into force 3 September 1953 (hereinafter the European Convention); and the International Covenant on Civil and Political Rights, concluded at New York, 16 December 1966, entered into force 23 March 1976 (hereinafter the Cove-

9. La facultad de los Estados para suspender los derechos consagrados en esos instrumentos está regida por diversas condiciones que a su vez se rigen por los principios generalmente reconocidos de la proporcionalidad, la necesidad y la no discriminación.[6] En el artículo 4 del Pacto se establecen las siguientes salvaguardias sustantivas y de procedimiento respecto de la declaración y aplicación de un estado de excepción: la situación de excepción deberá poner en peligro la vida de la nación; la existencia de la situación de excepción deberá haber sido proclamada oficialmente; las medidas adoptadas deberán estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación; las disposiciones de suspensión no podrán ser incompatibles con las demás obligaciones contraídas por el Estado en virtud del derecho internacional; las medidas de suspensión no deberán ser discriminatorias; el Estado que hace uso del derecho de suspensión deberá informar a los demás Estados Partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión, así como la fecha en que haya cesado de aplicarse tal suspensión.

---

nant or ICCPR) all provide for restrictions or limitations on certain rights. In accordance with decisions of the Human Rights Committee and some of the regional human rights bodies established under these conventions, such restrictions or limitations must, inter alia, be prescribed by law; be necessary in a democratic society; not impair the essence of the right; conform to the principle proportionality; be appropriate to achieve their protective function; respect the principle of non-discrimination; and not be arbitrarily applied. See Human Rights Committee, general comment No. 29, States of emergency (art. 4), European Court of Human Rights (hereinafter ECHR), *Handyside v. United Kingdom*, application No. 5493/72, judgement of 7 December 1976, Ser. A, No. 24; ECHR, *The Sunday Times v. United Kingdom*, application No. 6538/74, judgement of 26 April 1979, Ser. A, No. 30; Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter IACHR), Case 10.506, *X and Y* (Argentina), report No. 38/96, 15 October 1996, in *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* (hereafter *IACHR Annual Report*) *1996*, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev.

[6] Derogation clauses are set forth in article 27 of the American Convention, article 15 of the European Convention and article 4 of ICCPR. In contrast,

10. Al conceder a los Estados amplia discreción para adoptar medidas contra el terrorismo, el Pacto y la mayoría de los demás instrumentos de derechos humanos también especifican los derechos que no pueden ser suspendidos incluso durante un estado de excepción. La lista de derechos no susceptibles de suspensión figura en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto. Éstos son, a saber, el derecho a la vida (art. 6); la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre (párrafos 1 y 2 del artículo 8); la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (art. 11); la prohibición de la aplicación retroactiva de la legislación penal (art. 15); el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano (art. 16); y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18).

11. El 24 de julio de 2001, el Comité de Derechos Humanos aprobó la Observación General No. 29 sobre el artículo 4 (estados de excepción), en la que se aclaran más los casos en que los derechos pueden suspenderse en situaciones excepcionales. El Comité también determinó las disposiciones del Pacto que no podían ser suspendidas legalmente durante un estado de excepción: toda persona privada de libertad será tratada humanamente; la prohibición de la toma de rehenes, los secuestros o las detenciones no reconocidas; la protección de las personas pertenecientes a minorías; la prohibición de la deportación o traslado ilegal de población; y la declaración de

---

the African Charter does not contain a derogation clause. For jurisprudence on derogation, see, e.g., CCPR/CO/76/EGY (2002); Human Rights Committee, *Landinelli Silva v. Uruguay*, communication No. 34/1978, Views adopted on 8 April 1981; General Comment No. 29; ECHR, *Handyside v. United Kingdom, op. cit., Ireland v. United Kingdom*, application No. 5310/71, judgement of 18 January 1978, Ser. B, No. 25; Inter-American Court of Human Rights (hereinafter IACHR), Advisory Opinion OC-8/87, *Habeas Corpus in Emergency Situations*, 30 January 1987; IACHR, case 10.506, *op. cit.*; IACHR, case 11.182, *Carlos Molero Coca et al.* (Peru), report No. 49/00, 13 April 2000, in *IACHR Annual Report 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 6 rev.

un estado de excepción como justificación para hacer propaganda en favor de la guerra o hacer apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

12. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de los órganos regionales de supervisión indica que las medidas de suspensión son siempre medidas con carácter excepcional o provisional. Por lo tanto, tales medidas deberán ser levantadas tan pronto como el estado de excepción que haya justificado su imposición deje de existir o pueda ser controlado con medios menos invasivos con arreglo al instrumento pertinente.[7] Esta jurisprudencia sugiere también que, habida cuenta de que el propósito fundamental de tales medidas es que los Estados puedan proteger las instituciones democráticas, el imperio de la ley y el disfrute de las libertades fundamentales, tales medidas no pueden ser adoptadas legalmente con el fin de debilitarlos o destruirlos.[8] En consecuencia, las cuestiones relativas a la compatibilidad de las restricciones y medidas de suspensión de los derechos consagrados en el Pacto y en tratados regionales no podrán ser determinadas por las autoridades nacionales sino que deberán someterse al examen y a la supervisión del órgano competente de supervisión de tratados. También se debe recordar que a fin de brindar a las personas la norma más favorable de protección de los derechos humanos, en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto se dispone que las restricciones y medidas de suspensión previstas en el Pacto no podrán ser utilizadas para justificar la restricción o la suspensión de los derechos humanos que no son aceptables en virtud de otros instrumentos o leyes internacionales aplicables.

---

[7] General comment No. 29; ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, ibidem, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, application No. 13427/87, judgement of 9 December 1994, Ser. A, No. 301-B; IACHR, case 10.506, ibidem, case 11.182, ibidem.

[8] General Comment No. 29, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, ibidem; IACHR, case 11.182, ibidem.

B. El papel de la justicia civil en la supervisión de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo

13. El uso de medidas de excepción por los Estados para hacer frente a la violencia terrorista y al conflicto interno difícilmente puede considerarse un nuevo motivo de preocupación para la comunidad internacional. Desde mediados del decenio de 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías,[9] la Asociación de Derecho Internacional[10] y algunos expertos jurídicos[11]

---

[9] In 1976, the Sub-Commission decided to study the situation of persons detained during emergency situations (resolution 3A (XXXIX) of 31 August 1976). In 1977 the Sub-Commission, convinced of the link between states of emergency and the protection of human rights, entrusted Nicole Questiaux with a study of the subject (resolution 10 (XXX) of 31 August 1977. Mrs. Questiaux submitted her final report on the implications for human rights of recent developments concerning states of siege or states of emergency (E/CN.4/Sub.2/1982) in 1982. In resolution 1985/37, the Economic and Social Council authorized the Sub-Commission to appoint a special rapporteur with a mandate, inter alia, to compile and annually update a list of countries which proclaim or terminate a state of emergency; to study the impact of emergency measures on human rights; and to recommend measures for guaranteeing respect for human rights during states of siege or emergency. The Special Rapporteur has submitted 10 reports, the last one in 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/19 and Add.1). In 1997, the Sub-Commission asked Ms. Kalliopi Koufa to prepare a working paper on the question of human rights and terrorism. Ms. Koufa, who was appointed Special Rapporteur by the Commission in 1998, submitted a final report in 2004 (E/CN.4/Sub.2/2004/40).

[10] See Final Report on Monitoring States of Emergency: Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights During States of Emergency to the Sixty-Fourth Conference of the International Law Association in Queensland, 1990; see also the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in A State of Emergency, reprinted in *American Journal of International Law*, vol. 79 (1985), p. 1072.

[11] See S. R. Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency: The Paris Minimum Standards in a State of Emergency*, London, Pinter Publishers, 1989; J. Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994.

y organizaciones no gubernamentales[12] realizaron o patrocinaron estudios en los que, entre otras cosas, se determinaron los efectos de las situaciones de excepción en la atribución de facultades al interior de numerosos Estados y las violaciones emblemáticas de los derechos humanos que con más frecuencia se asocian a las medidas contra el terrorismo y otras medidas de excepción adoptadas en esos Estados. En muchos de esos estudios se llegó a la conclusión de que los derechos humanos solían correr mayor peligro de ser violados, inclusive en las democracias, cuando las facultades de excepción estaban concentradas en el poder ejecutivo. También se hacía hincapié en que, a fin de impedir las violaciones, era necesario que los Estados garantizaran la independencia y las facultades de vigilancia de la justicia civil durante todas las situaciones de excepción.

14. Esta advertencia es tan válida en la actual lucha contra el terrorismo como hace unos 20 años. En un discurso pronunciado el 27 de agosto de 2004 ante la Conferencia Bienal de la Comisión Internacional de Juristas, la Sra. Arbour, Alta Comisionada para los Derechos Humanos, subrayó la importancia del recurso contencioso administrativo y declaró lo siguiente:

> Dicho con toda franqueza, el poder judicial no debería renunciar a su análisis sobrio, de largo plazo y de principio porque el ejecutivo solicite adoptar medidas extraordinarias sobre la base de información que no se puede compartir, para lograr resultados que no se pueden medir. [Añadió que] las sociedades que respetan el imperio de la ley no dan al ejecutivo carta blanca ni siquiera para hacer frente a situaciones de excepción. Ellas aceptan las funciones vitales de los poderes judicial y legislativo para garantizar que los gobiernos adopten un enfoque equilibrado y ajustado al derecho respecto de problemas complejos de interés nacional. Un sistema bien articulado de controles y salvaguardias garantiza la expresión ordenada de opiniones divergentes en un país y

---

[12] See *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*, Geneva, International Commission of Jurists, 1992.

aumenta la confianza en que el gobierno responde al interés del público y no al antojo del ejecutivo.

15. En el informe se señala reiteradamente que los tribunales civiles deben tener jurisdicción para examinar las disposiciones y supervisar la aplicación de todas las medidas de lucha contra el terrorismo sin ninguna presión o injerencia, en particular de parte de las demás ramas del gobierno.

C. La aplicabilidad y pertinencia del derecho internacional humanitario cuando la lucha contra el terrorismo entraña un conflicto armado

16. Una cuestión fundamental que afecta a la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo está relacionada con las opiniones divergentes de los Estados acerca del carácter de esa lucha y, en particular, de las diversas medidas que han utilizado para hacer frente al terrorismo. A partir del 11 de septiembre de 2001, algunos Estados, sin perder de vista la necesidad de la cooperación internacional, ven esa lucha como un nuevo tipo de guerra contra una red mundial de terroristas que exige fundamentalmente una respuesta militar. Otros Estados, sin descartar la utilización de la fuerza militar en algunas circunstancias, consideran que esta lucha no es un fenómeno completamente nuevo y que exige una cooperación internacional más estrecha en materia de aplicación de la ley, reunión e intercambio de informaciones de inteligencia, extradición, etc.

17. Cualquiera que sea la forma en que los Estados conciban la lucha contra el terrorismo, es importante tanto jurídica como conceptualmente que los actos de terrorismo no sean considerados invariablemente equivalentes a actos de guerra. Por ejemplo, la comunidad internacional acepta que los ataques contra civiles, la toma de rehenes y el secuestro y derribamiento de aviones civiles son formas de terrorismo. No obstante, esos actos pueden tener lugar en tiempos de paz, en situaciones de excepción o en situaciones de conflicto

armado. Si son cometidos durante un conflicto armado, tales actos pueden constituir crímenes de guerra. Sin embargo, cuando tales actos se cometen en tiempos de paz o durante una emergencia que no entraña hostilidades, como suele ser el caso, éstos simplemente no constituyen crímenes de guerra y sus perpetradores no deben ser tildados de combatientes, ni procesados o tratados como tales. Esos casos deben regirse no por el derecho internacional humanitario sino por las normas internacionales de derechos humanos, la legislación nacional y, tal vez, el derecho penal internacional.

18. Sin embargo, ello no significa que el carácter y la intensidad de la violencia generada por los responsables de actos terroristas o utilizada contra éstos no pueda desencadenar o ser equivalente a una situación de conflicto armado. Por ejemplo, las acciones terroristas o contra el terrorismo pueden dar lugar a que el recurso a la fuerza armada entre Estados desencadene un conflicto armado internacional, como ocurrió en el Afganistán en 2002, o a un conflicto armado no internacional que entrañe enfrentamientos entre las fuerzas armadas del Estado y un grupo armado disidente relativamente organizado, o entre tales grupos dentro del territorio de un Estado.[13]

---

[13] Article 2 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 (hereinafter Geneva Conventions) applies to all cases of declared war or any other armed conflict arising between two or more Contracting Parties, as well as to all cases of occupation, whether partial or total, of the territory of a Contracting Party, even if that occupation meets with no armed resistance. The Commentary on the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of the International Committee of the Red Cross, Geneva, ICRC, 1960, broadly defines armed conflict as any difference arising between two States leading to the intervention of armed forces. Common article 3 refers to, but does not define, "an armed conflict of a non-international character". However, article 1 (2) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) excludes situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature as not being armed conflicts. The Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons

En esos casos, las normas pertinentes del derecho internacional humanitario son aplicables y rigen el desarrollo de los enfrentamientos. Un principio fundamental del derecho humanitario es que éste obliga por igual a todas las partes en el conflicto y su aplicación no depende ni de las causas ni del origen de las hostilidades.[14] En consecuencia, la aversión al adversario o a sus políticas declaradas no puede justificar el incumplimiento de las leyes de la guerra. Si bien el derecho humanitario prohíbe el terrorismo,[15] el hecho de que tales actos se cometan durante un conflicto armado no altera ni el estatuto jurídico de las hostilidades ni de las partes en el conflicto ni el deber de las partes de observar el derecho humanitario.

19. Durante un conflicto armado internacional es fundamental que los Estados determinen debidamente, con arreglo a los tratados

---

Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law in the Territory of the Former Yugoslavia (hereinafter ICTY) since 1991 found that "... an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State". See *Prosecutor v. Dusko Tadic*, case No. IT-94-1, ICTY Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

[14] This customary law principle appears in various military manuals. See the United States Air Force pamphlet stating that it is "unacceptable" to make the legal protection of victims of armed conflict "contingent on the causes of the conflict", United States Department of the Air Force, International Law - The Conduct of Armed Conflict and Air Operations, AFP 110-31, 1976, pp. 1-5. It also is set forth in the Preamble to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I).

[15] International humanitarian law, for example, prohibits in all armed conflicts and regards as acts of terrorism attacks intentionally directed against the civilian population and individual civilians who do not or no longer directly or actively participate in the hostilities. See article 33 of the Fourth Geneva Convention, and article 51, paragraph 2, of Protocol I and article 4, paragraph 2 (d), of Protocol II. The prohibition of terror in warfare is discussed in H. P. Gasser, "Acts of Terror, terrorism and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross,* 2002, No. 847, p. 547.

de derecho humanitario aplicables, el estatuto de todas las personas que han participado directamente en los enfrentamientos y, en particular, si al ser capturados tienen derecho a recibir el estatuto de prisioneros de guerra. Puesto que la denegación del estatuto de prisionero de guerra a los combatientes puede entrañar consecuencias de vida o muerte para las personas afectadas, la determinación de ese estatuto debe efectuarse en estricta conformidad con las leyes y procedimientos aplicables. A este respecto, el artículo 5[16] del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Tercer Convenio de Ginebra) crea el supuesto de que una persona que comete un acto hostil es un prisionero de guerra a menos que el tribunal competente determine lo contrario aplicando un criterio individual.

20. El hecho de que una de las partes en las hostilidades que tuvieron lugar en 2002 en el Afganistán no haya efectuado tales trámites de determinación con carácter individual del estatuto en el caso de las personas que presuntamente habían perpetrado actos de violencia terrorista, o participado en ellos de otro modo, antes o durante ese conflicto, ha suscitado mucha controversia. Esa parte mantenía la posición de que tales personas, fueran o no miembros de las fuerzas armadas regulares o de grupos irregulares del adversario, eran de hecho, en virtud de sus presuntos actos o vínculos terroristas, combatientes no privilegiados[17] y no tenían derecho al estatuto

---

[16] Article 5 states in pertinent part: "Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in article 4 [persons entitled to POW status], such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal."

[17] Although neither the Geneva Conventions nor their Additional Protocols use the terms "privileged" and "unprivileged" combatant, the concept and legal implications of such combatancy are deeply rooted in the customary law of armed conflict and were recognized and applied by various war crimes tribunals convened after the Second World War. See *United States v. List* (The Hostage Case), reported in *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military*

de prisioneros de guerra previsto en el Tercer Convenio de Ginebra ni a beneficiarse como civiles de la protección del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Cuarto Convenio de Ginebra).[18] Otros Estados y el Comité Internacional de la Cruz Roja, haciendo referencia a anteriores prácticas de los Estados, manuales militares y opiniones de nume-

---

Tribunal, 1950, pp. 1228 and 1238. A privileged combatant is, in principle, a person authorized by a party to an international armed conflict to directly engage in hostilities and, as such, must be accorded POW status upon capture and immunity from prosecution for his hostile acts that do not violate the laws and customs of war. In contrast, an unprivileged combatant, sometimes called an "illegal" or "unlawful" combatant, refers to a person who without official sanction nevertheless directly participates in hostilities. Such combatants include, *inter alia*, civilians, as well as non-combatant members of armed forces, who, in violation of their protected status, directly engage in hostilities. The term has also been used to describe irregular combatants, such as guerrillas, partisans and members of resistance movements, who either fail to distinguish themselves from the civilian population at all times while on active duty, or otherwise do not fulfil the requirements for privileged combatant status. Unlike privileged combatants, unprivileged combatants upon capture can be tried and punished under the criminal law of the detaining power for their unprivileged belligerency, even if their hostile acts complied with the laws of war. (The Government of the United States since 11 September 2001 has frequently used the term "enemy combatant" when referring to an unprivileged combatant.) See generally R. Baxter, "So-Called Unprivileged Belligerency: Spies, Guerrillas and Saboteurs", *British Year Book of International Law*, 1951, p. 328; K. Dormann, "The legal situation of .unlawful/unprivileged combatants", *International Review of the Red Cross*, 2003, No. 849 (March 2003); R. Goldman and B. Tittemore, *Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law*, available at http://asil.org/taskforce/goldman.pdf.

[18] See Fact Sheet, White House Press Office, 7 February 2002, available at http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/2002027; Press Conference, United States Department of Defense, Secretary Rumsfeld and General Meyers, 8 February 2002, available at http://www.defenselink.mil./news/Feb.2002/t02082002_t02085dhtmil.

rosos observadores jurídicos, cuestionaron esa posición.[19] Ellos sostenían que, además de imponer que tribunales que cumplieran las condiciones establecidas en el artículo 5 efectuaran tales trámites de determinación del estatuto de esas personas, el amplio sistema de protección contenido en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 exigía que los combatientes no privilegiados que no cumplieran las condiciones necesarias para recibir el estatuto de prisionero de guerra de conformidad con el Tercer Convenio de Ginebra se beneficiaran de la protección del Cuarto Convenio de Ginebra, siempre que satisficieran los criterios de nacionalidad establecidos en el artículo 4 de dicho Convenio.[20] Quienes mantienen esta posición observan correctamente que los responsables de tales actos terroristas, incluso si están protegidos como prisioneros de guerra o como civiles por los Convenios de Ginebra o, cuando sea aplicable, por el Protocolo adicional I, no se benefician de ninguna inmunidad del enjuiciamiento por los delitos que hayan cometido antes de su captura, en particular actos terroristas, se hayan cometido antes o durante los enfrentamientos. Como señaló el presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, "los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales no son un obstáculo para la justicia. Estos simplemente exigen que se observen las debidas garantías procesales a los presuntos delincuentes".[21]

---

19 See, e.g., International Committee of the Red Cross, Communication to the Press No. 02/11 (8 February 2002) stating, in part, "... International Humanitarian Law foresees that the members of armed forces as well as militias associated with them which are captured by the adversary in an international armed conflict are protected by the Third Geneva Convention. There are divergent views between the United States and the ICRC on the procedures which apply on how to determine that the persons detained are not entitled to prisoner of war status".

20 See article 4 of the Fourth Geneva Convention, which exempts from protection the following persons: own nationals of parties to the conflict; nationals of a State not bound by the Conventions; nationals of a neutral State; and nationals of a co-belligerent State with normal diplomatic relations with the Occupying Power.

21. Pese a estas opiniones divergentes, existe un amplio consenso respecto de que las personas clasificadas como combatientes no privilegiados en las hostilidades internacionales y a las que, por la razón que fuere, se les ha denegado la protección *de jure* ya sea en virtud del Tercero o del Cuarto Convenio de Ginebra tienen derecho a las garantías del derecho consuetudinario establecidas en el artículo 75 del Protocolo adicional I[22] y el artículo 3 común[23] a los cuatro Convenios de Ginebra. Cabe observar que, debido a que el derecho humanitario no confiere el estatuto de combatiente con privilegios a los miembros de grupos armados disidentes en conflictos armados no internacionales, tales personas al ser capturadas no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. En consecuencia, los Estados son libres de procesarlos por todos los actos hostiles, incluidos los actos terroristas, que haya cometido.[24] Por lo tanto, no hay ninguna circunstancia en que una persona, comoquiera que se le haya clasificado, pueda ser legalmente marginada de la protección del derecho internacional humanitario en *ningún* conflicto armado.

---

[21] Statement of ICRC President Jacob Kellenberg to the Commission on Human Rights, March 2002, available at http://www.icrc.org.

[22] On the customary law status of provisions of article 75 of Protocol I, see C. Greenwood, "Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols", in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Delissen and Tanja (eds.), 1991, p. 103; Remarks of M. Matheson at The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to 1949 Geneva Conventions, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, 1987, p. 415.

[23] The International Court of Justice has stated: "There is no doubt that, in the event of international armed conflicts [the rules articulated in common article 3] constitute a minimum yardstick and they are rules which, in the Courts opinion, reflect what the court in 1949 called elemental considerations of humanity." *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgement on the Merits, I.C.J. Reports, 1986*, p. 14, at para. 114.

[24] Such unprivileged combatants must be afforded the customary law guarantees enshrined in common article 3, as supplemented by the provisions of article 6 of Additional Protocol II.

22. Sin descartar la posibilidad de que la práctica de los Estados pueda evolucionar en sus respuestas a nuevas formas de violencia terrorista, el derecho humanitario vigente no parece contener ninguna laguna jurídica manifiesta y, si se observa y se aplica en la debida forma, abarca adecuadamente las cuestiones del terrorismo durante los conflictos armados.[25]

D. La relación entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario durante los conflictos armados

23. Las normas de derechos humanos no cesan de aplicarse cuando la lucha contra el terrorismo entraña un conflicto armado. Por el contrario, éstas se aplican de manera acumulativa con el derecho internacional humanitario. Como se ha observado anteriormente, cuando un conflicto armado constituye una auténtica situación de excepción, un Estado puede limitar o incluso suspender algunos derechos humanos. Sin embargo, jamás puede suspender los derechos que en virtud de la normativa de derechos humanos no son susceptibles de suspensión inclusive cuando la situación de excepción se debe a un conflicto armado. A pesar de sus distintos orígenes, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen el propósito común de proteger la vida y la dignidad humana. Como ha declarado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: "El principio general de respeto

---

[25] The International Bar Associations Task Force on International Terrorism has stated in this regard: "International humanitarian law remains as applicable and relevant today as it was prior to September 11. Suggestions that international humanitarian law is no longer relevant to situations involving terrorists, together with failure to abide by its principles, only serves to undermine the binding force of international humanitarian law." *International Terrorism: Legal Challenges and Responses*. A Report by the International Bar Associations Task Force on International Terrorism, Washington, D.C., 2003, p. 93 (hereinafter IBA, Report on International Terrorism).

a la dignidad humana es [...] la razón misma de ser del derecho internacional humanitario y la normativa de los derechos humanos; ciertamente, en los tiempos modernos ha adquirido tal importancia que impregna todo el cuerpo del derecho internacional".[26]

24. No resulta sorprendente que las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario se conciban cada vez más como un régimen de salvaguardias que se complementan y se refuerzan mutuamente y que deben ser interpretadas y aplicadas en conjunto a fin de garantizar a las personas las normas de protección más favorables durante los conflictos armados.

25. El Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han observado que sus propios instrumentos se aplican con carácter extraterritorial incluso en situaciones abarcadas por el derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en 1981 el Comité de Derechos Humanos dictaminó que un Estado Parte en el Pacto era responsable de las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto cometidas por sus agentes en el territorio de otro Estado.[27] En su reciente Observación General No. 31 (80) sobre el artículo 2 del Pacto, el Comité señaló que la obligación de respetar y garantizar los derechos de las personas

> [...] se aplica también a los que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz (párr. 10).

---

[26] *Prosecutor v. Arito Furundizija*, case No. IT/95-17/I-T, Trial Chamber, judgement of 10 December 1998, para. 183.

[27] *Lopez Burgos v. Uruguay*, communication No. 52/79, para. 12.3; and *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, communication No. 56/79, both Views adopted on 29 July 1981.

En varias observaciones finales recientes, el Comité ha afirmado concretamente que el Pacto se aplica con carácter extraterritorial a las operaciones militares y de mantenimiento de la paz fuera del territorio de los Estados en cuestión.[28] Los órganos interamericanos y europeos de derechos humanos también han considerado en determinadas circunstancias que las personas que se encuentran bajo la autoridad y el control de un Estado fuera del territorio nacional están en efecto dentro de la jurisdicción del Estado y gozan de derechos jurídicamente exigibles en virtud de sus respectivos tratados.[29]

26. Varios Estados han cuestionado la competencia de los órganos de derechos humanos para aplicar las normas de derechos humanos con carácter extraterritorial o durante conflictos armados u ocupaciones. La Corte Internacional de Justicia aclaró algunas de esas reclamaciones en dos opiniones consultivas en que se abordaban cuestiones relativas a la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y la aplicación extraterritorial del Pacto y de otros tratados de derechos humanos. En su Opinión Consultiva de fecha 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares,[30] la Corte precisó

---

[28] See concluding observations on the second periodic report of Israel (CCPR/CO/78/ISR), 21 August 2003, para. 11; concluding observations on the fifth periodic report of Germany (CCPR/CO/80/GER), 30 April 2003, para. 11.

[29] See, e.g., case No. 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra et al.* (United States), report No. 51/01, 4 April 2001, para. 178, in *IACHR Annual Report 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev.; *Saldano* case (Argentina), report No. 38/99, 11 March 1999, paras. 15-20, in *IACHR Annual Report 1998*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev.; case No. 10.951, *Coard et al.* (United States), report No. 109/99, 29 September 1999, paras. 37-41, in *IACHR Annual Report 1999, op. cit.* at note 7. See similarly ECHR, *Cyprus v. Turkey*, application No. 25781/94, judgement of 26 April 1979, Series A, No. 30; *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgement of 23 March 1995, Series A, No. 310, paras. 59-64; *Issa and others v. Turkey* (admissibility decision), application No. 31821/96, 30 May 2000; but see ECHR, *Bankovic and others v. Belgium and others* (admissibility decision), application No. 52207/99, 12 December 2001, *ECHR 2001-XII*.

[30] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 240.

que el Pacto se aplicaba en caso de conflicto armado. En relación con el derecho a la vida garantizado en ese instrumento, señaló lo siguiente: "En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria [sic] hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades".[31]

27. En su Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado,[32] la Corte confirmó su opinión señalando que: "la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto...".[33] En lo que respecta a la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho humanitario, añadió que "pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional".[34] Las opiniones de la Corte indican claramente que en situaciones de conflicto armado el principio de la *lex specialis* del derecho internacional humanitario como tal no suspende la vigencia de las normas de derechos humanos. Más bien, se debe consultar el derecho humanitario para determinar si un derecho reconocido en el Pacto ha sido violado.[35]

---

31 Ibidem, at para. 25.

32 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (hereinafter ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion).

33 Ibidem, para. 106.

34 Ibidem.

35 One authority notes in this regard: "In these cases, the Covenant cannot provide protection that goes beyond that guaranteed by IHL. In other words,

28. La Corte, también en su Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, después de examinar los *travaux préparatoires* del Pacto y las decisiones y observaciones del Comité de Derechos Humanos, rechazó el argumento de que el Pacto no era aplicable fuera de las fronteras territoriales de un Estado y, de manera más particular, en un territorio ocupado. Al reconocer que la jurisdicción de los Estados era principalmente territorial, la Corte llegó a la conclusión de que el Pacto era aplicable con respecto a "los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio".[36]

29. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos no tienen un enfoque común en cuanto a la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario durante los conflictos armados. Hasta el momento, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha expresado una opinión al respecto. El Comité de Derechos Humanos todavía no ha elaborado una teoría global sobre esta relación. Sin embargo, en la Observación General No. 31 (80) el Comité señaló:

> Como se desprende implícitamente de la Observación General No. 29, el Pacto es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el

---

IHL does not supersede human rights law but makes sure that content wise the two bodies of law guarantee the same. This approach enables treaty bodies to look at violations of IHL from a human rights perspective while ensuring, at the same time, that IHL guarantees are not, as a result, broadened by the application of human rights law." From a paper presented by Walter Kälin entitled "The Covenant on Civil and Political Rights and its Relationship with International Humanitarian Law", to be published in Proceedings of the Expert Meeting on the Supervision of the Lawfulness of Detention During Armed Conflict, organized by the University Centre for International Humanitarian Law, the Graduate Institute of International Studies, Geneva, 24-25 July 2004.

[36] ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion, *op. cit.*, at note 33, para. 111.

> Pacto, es posible que normas más específicas del derecho humanitario internacional sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes (párr. 11).

30. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los cánones para evaluar la observancia de un derecho particular en una situación de conflicto armado pueden ser distintos de los que se aplican en tiempo de paz. Por consiguiente, la Comisión ha considerado las normas del derecho internacional humanitario como fuentes autorizadas de orientación o como la *lex specialis* en la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para resolver denuncias de violaciones de esos instrumentos en situaciones de combate.[37]

31. En consecuencia, los enfoques adoptados por la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos son compatibles con la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre la relación entre el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

---

[37] Although the Inter-American Court found in the *Las Palmeras* case that neither it nor the Commission is competent to find violations of the Geneva Conventions, the Court indicated that provisions of the Geneva Conventions may be taken into consideration as elements for interpreting the American Convention. *Las Palmeras v. Colombia*, preliminary objections, judgement of 4 February 2000, Series C, No. 67, paras. 32-34. The Court confirmed this view in the case of *Bamaca-Velasquez v. Guatemala*, judgement of 25 November 2000, Series C, No. 70, paras. 208 and 209. For a discussion of the Inter-American Commission.s views on the relationship between human rights and humanitarian law, see case No. 11.137, *Abella* (Argentina), report No. 5/97, paras. 37-42, in *IACHR Annual Report 1997*, OEA/Ser.L/V.II.98, Doc. 6 rev.; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002 (hereinafter IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*); IACHR, *Third Report on The Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.

E. El principio nullum crimen sine lege *y las definiciones de terrorismo y de delitos relacionados con el terrorismo*

32. Una clara amenaza para el disfrute de los derechos humanos deriva de las definiciones imprecisas y contradictorias del terrorismo y de los delitos relacionados con el terrorismo que figuran en numerosas legislaciones nacionales e instrumentos regionales y subregionales. A pesar de que no existe una definición universal de terrorismo, unos 120 Estados han ratificado el Convenio Internacional de Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, que determina los elementos del delito de terrorismo con razonable precisión. Para los fines de ese tratado, el terrorismo abarca cualquier "acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo". Sin embargo, numerosos Estados han promulgado leyes que suponen definiciones mucho más amplias, utilizando con frecuencia términos y conceptos muy generales, vagos o ambiguos. Otros Estados han adaptado con prudencia su derecho penal, por ejemplo, endureciendo las penas impuestas por delitos existentes y bien definidos, como el asesinato, cuando son cometidos con fines de terrorismo.

33. Cualquiera que sea el enfoque que adopten, los Estados deben guiarse por el principio de la legalidad o *nullum crimen sine lege* al elaborar leyes y tratados contra el terrorismo. Este principio del derecho internacional general está consagrado en el artículo 15 del Pacto y en las disposiciones de los tratados regionales de derechos humanos,[38] en los que también se establece expresamente que dicho principio no es susceptible de suspensión. No sólo prohíbe la aplicación de leyes ex post facto sino que también exige que el acto tipificado

---

[38] See the African Charter, art. 7; the American Convention, art. 9; European Convention, art. 7.

como delito se describa en términos precisos y exactos definiendo el delito punible en sentido estricto y distinguiéndolo de otros actos no punibles o punibles con otras penas. La definición imprecisa de los delitos también puede dar lugar a una ampliación de la conducta prohibida por interpretación judicial. Por lo tanto, el principio de la legalidad también abarca el principio de la certeza, es decir, que el derecho debe ser razonablemente previsible en su aplicación y sus consecuencias. El Comité de Derechos Humanos, en el párrafo 7 de su Observación General No. 29, subrayó la importancia del principio de la legalidad en la prohibición de la retroactividad del derecho penal contenida en el Pacto.

34. El Comité ha examinado detenidamente las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas por los Estados Partes en el marco de su procedimiento de presentación de informes y tiene a su disposición para fines de consulta los informes presentados por los Estados al Comité contra el Terrorismo de conformidad con la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad. Es preocupante que de los 33 informes que ha examinado desde el 11 de septiembre de 2001, el Comité haya expresado preocupación respecto de las medidas contra el terrorismo en sus conclusiones sobre por lo menos 16 informes. Esta preocupación está relacionada con las definiciones de terrorismo y de los delitos relacionados con el terrorismo.[39] Más aún, otros órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados, titulares de mandatos, expertos jurídicos y organizaciones no gubernamentales han expresado preocupaciones similares respecto de las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas por diversos Estados, así como respecto de instrumentos regionales y subregionales contra el terrorismo, que han entrado en vigor antes y después de septiembre de 2001.

---

[39] See concluding observations of the Committee: Estonia (CCPR/CO/77/EST), para. 8; Egypt (CCPR/CO/76/EGY), para. 16; the Philippines (CCPR/CO/79/PHL), para. 9; Yemen (CCPR/CO/75/YEM), para. 18; Belgium (CCPR/CO/81/BEL); Uganda (CCPR/CO/80/UGA); New Zealand (CCPR/CO/75/NZL).

35. Las leyes que no definen con precisión el terrorismo o los delitos de terrorismo no sólo corren el peligro de penalizar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, reunión, asociación y otros derechos humanos básicos, sino que además son susceptibles de aplicación abusiva. Asimismo, la proliferación de leyes nacionales y tratados, en particular regionales, con definiciones jurídicas ampliamente divergentes de terrorismo y de delitos de terrorismo, no contribuye a promover la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo y puede ser un obstáculo para la extradición de los verdaderos sospechosos de terrorismo debido al requisito de la tipificación en ambas jurisdicciones, que está estrechamente vinculado al principio *nullum crimen sine lege*.

F. Derecho a la libertad y a la seguridad personales

36. Otra cuestión pertinente tiene que ver con la medida en que puede suspenderse el derecho a la libertad y la seguridad[40] de los sospechosos de terrorismo durante situaciones de excepción distintas de los conflictos armados. Entre las situaciones especialmente problemáticas desde el 11 de septiembre 2001 pueden citarse la de-

---

[40] See ICCPR, art. 9; American Convention, art. 7; European Convention, art. 5; African Charter, art. 6. These provisions, which protect all persons from unlawful or arbitrary interference with their liberty by the State, apply in the context of criminal proceedings as well as other areas in which the State may affect the liberty of persons, such as preventative detention for reasons of public security or detention in relation to immigration status or physical or mental health. See human Rights Committee, general comment No. 8 (16), article 9 (1982), paras. 1, 4; *A. v. Australia*, communication No. 560/1993 (CCPR/C/59/D/560/1993), 30 April 1997, para. 9.4. See similarly IACHR, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 February 2000, paras. 134-142; ECHR, *Winterwerp v. The Netherlands*, application No. 6301/73, judgement of 24 October 1979, Series A, No. 33; *Amuur v. France*, application No. 19776/92, judgement of 25 June 1996, para. 53, *Reports 1996-III*.

tención indefinida, prolongada o en condiciones de aislamiento de los sospechosos de terrorismo sin acceso a los tribunales, la detención no reconocida o secreta de sospechosos de terrorismo, y la detención de menores en relación con la adopción de medidas de lucha contra el terrorismo.

37. Es un hecho bien conocido, por ejemplo, que desde los ataques del 11 de septiembre, se ha detenido a sospechosos de terrorismo por períodos prolongados sin contacto con abogados u otras personas y sin acceso a los tribunales u otras instancias apropiadas para supervisar la legalidad y las condiciones de sus detenciones. También se ha informado de que en estas condiciones no vigiladas algunos detenidos han sido sometidos a torturas y otros malos tratos. Estas prácticas están prohibidas por la normativa internacional de derechos humanos, incluso durante los estados de excepción. Las salvaguardias de los derechos humanos aplicables exigen, entre otras cosas, que toda privación de libertad se efectúe con arreglo a procedimientos establecidos en la ley, que se informe a los detenidos de las razones de la detención, que se les notifique cuanto antes de los cargos que se les imputan,[41] y que se les facilite el acceso a un abogado.[42] Además, debe garantizarse la vigilancia pronta y eficaz de la detención por un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer poder judicial para verificar la legalidad de la detención y proteger otros derechos fundamentales del detenido.[43] El Comité de Derechos Humanos ha establecido que con el fin de proteger los

---

41 General Comment No. 8. See similarly IACtHR, *Suárez Rosero* case, judgement of 12 November 1997, Series C, No. 35, para. 43.

42 See Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, principle 17.

43 General Comment No. 8, para. 2. See similarly case 11.205, *Jorge Luis Bronstein and others* (Argentina), report No. 2/97, 11 March 1997, para. 11, in *IACHR Annual Report 1997*, *op. cit.* at note 38; ECHR, *Brogan v. United Kingdom*, application No. 11209/84, judgement of 29 November 1988, Series A, No. 145-B, p. 33, para. 62. See also Opinion of the Lords of Appeal For Judgment in the Cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) in which nine law lords on 16 December 2004 voted 8

derechos que no pueden ser objeto de suspensión, el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.[44] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido análogamente que el derecho al hábeas corpus no puede suspenderse durante los estados de excepción, habida cuenta de su función esencial para la protección de los derechos del detenido que no pueden ser suspendidos.[45] Por razones semejantes, no podrá justificarse la suspensión durante un estado de excepción de otras salvaguardias fundamentales para proteger los derechos no susceptibles de suspensión de los detenidos, incluido el acceso a asistencia letrada y unos límites prescritos y razonables a la duración de la detención preventiva.[46] Por lo tanto, los Estados deberán abstenerse en todo momento de detener a sospechosos de terrorismo durante períodos indefinidos o prolongados y deberán proporcionarles acceso a asistencia letrada, así como un acceso pronto y efectivo a los tribunales u otras instancias apropiadas para la protección de sus derechos no susceptibles de suspensión.

---

to 1 against parts of the United Kingdoms 2001 Anti-Terrorism, Crime and Security Act under which appellants, all foreign terrorist suspects, had been detained indefinitely without charge or trial since they could not be safely removed to another country; available at http://www. publications. parliament.uk./pa/1d200405/1djudgmt/jd041216/a&others.pdf.

44 General Comment No. 29, para. 16.

45 See IACHR, Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency (articles 27 (2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), 6 October 1987, Series A, No. 9, para. 31.

46 See, e.g., IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights, op. cit.*, at note 42, para. 127; ECHR, *Aksoy v. Turkey*, application No. 21987/93, judgement of 18 December 1996, para. 78, *Reports 1996-VI*. See also Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency (International Law Association, 1984); the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 7, No. 1 (1985), para. 70, cited in General Comment No. 29, para. 10, note 6.

38. Cuando ocurren detenciones durante conflictos armados, los principios señalados anteriormente relativos a la relación entre el derecho humanitario internacional y los derechos humanos sugieren que el derecho humanitario podrá servir de *lex specialis* aplicable para determinar si las detenciones vinculadas con un conflicto armado o una ocupación son arbitrarias en relación con la normativa de los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de conflictos armados internacionales, tanto el Tercer Convenio de Ginebra como el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 contienen disposiciones relativas a las circunstancias en que podrá internarse o detenerse a prisioneros de guerra y a civiles, respectivamente, y la forma en que deberá vigilarse su internamiento o detención, incluido el acceso al CICR.[47] En los artículos 21, 118 y 119 del Tercer Convenio de Ginebra se permite el internamiento de prisioneros de guerra hasta su repatriación "tras haber finalizado las hostilidades activas" o la conclusión de cualesquiera procedimientos penales o sanciones por un delito grave pendiente contra un prisionero de guerra.[48]

39. En cambio, los artículos 42, 43 y 78 del Cuarto Convenio de Ginebra, aplicables a los extranjeros enemigos en el territorio de una parte en un conflicto armado internacional o a las personas protegidas en territorios ocupados, permiten el internamiento o la residencia forzosa de esas personas protegidas sólo si resulta absolutamente necesario en el interés de la seguridad de la Potencia detenedora u ocupante. Estas disposiciones también exigen que esas personas tengan derecho a que se reconsideren esas medidas o a apelar contra ellas con la menor dilación posible y, si se mantienen, a que sean revisadas periódicamente por un órgano, tribunal judicial o administrativo apropiado o competente, designado con ese propósito. El

---

[47] See, e.g., Third Geneva Convention, arts. 8, 9, 21.

[48] Third Geneva Convention, arts. 21, 118 and 119. Article 119, fifth paragraph, of the Third Geneva Convention provides in this regard that "[p]risoners of war against whom criminal proceedings for an indictable offence are pending may be detained until the end of such proceedings, and, if necessary, until the completion of the punishment. The same shall apply to prisoners of war already convicted of an indictable offence."

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha concluido que todo internamiento inicialmente legal degenera claramente en ilegal si la Potencia detenedora no respeta los derechos procesales básicos de las personas detenidas y no establece un tribunal o junta administrativa apropiados como se prescribe en el artículo 43 del Cuarto Convenio de Ginebra.[49] El razonamiento del Tribunal se aplicaría también discutiblemente a los civiles detenidos o internados en territorio ocupado con arreglo al artículo 78 del Cuarto Convenio. En ciertas circunstancias limitadas, las personas protegidas detenidas en territorio ocupado pueden perder sus derechos de comunicación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Cuarto Convenio de Ginebra.[50] Sin embargo, esta pérdida ha sido reducida considerablemente por el párrafo 3 del artículo 45 del Protocolo adicional I[51] y puede mitigarse asimismo por las salvaguardias de la normativa de los derechos humanos que prohíben la detención prolongada en régimen de incomunicación en toda circunstancia.

---

[49] ICTY, Appeals Chamber, Judgement, *Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others*, case No. IT-96-21-A, para. 322. The Appeals Chamber also stated that under article 43 the court or board must have the "necessary power to decide finally on the release of prisoners whose detention could not be considered as justified for any serious reason" (para. 328). The Court also indicated that it "is upon the detaining power to establish that the particular civilian does pose such a risk to its security that he must be detained, and the obligation lies on it to release the civilian if there is inadequate foundation for such a view" (para. 329).

[50] Providing that "[w]here in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention".

[51] Article 45 (3) provides: "Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of article 75 of this Protocol. In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention".

40. Además, las personas detenidas por una parte en un conflicto armado internacional y que no gozan de un trato más favorable con arreglo a los Convenios o con arreglo al Protocolo adicional I, incluidos los combatientes no privilegiados, son beneficiarias de ciertas normas que rigen su detención con arreglo a los párrafos 3, 5 y 6 del artículo 75 del Protocolo adicional I, que refleja esencialmente el derecho internacional consuetudinario.[52]

41. Así, durante los conflictos armados y ocupaciones internacionales, ciertas categorías de personas, como los prisioneros de guerra, pueden ser detenidas sin las salvaguardias de procedimiento de que en cambio disponen los particulares detenidos en tiempo de paz. Sin embargo, habida cuenta de la aplicación concurrente de la normativa internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario durante los conflictos armados, los órganos de derechos humanos y los tribunales nacionales tendrán tal vez que proteger los derechos fundamentales de los detenidos en tiempo de guerra cuando los mecanismos previstos en el derecho humanitario para determinar su condición jurídica o supervisar su tratamiento no se observen o resultan ineficaces.[53]

---

[52] Article 75 (3), (5), (6) states: "3. Any person arrested, detained or interned for actions related to the armed conflict shall be informed promptly, in a language he understands, of the reasons why these measures have been taken. Except in cases of arrest or detention for penal offences, such persons shall be released with the minimum delay possible and in any event as soon as the circumstances justifying the arrest, detention or internment have ceased to exist. 5. Women whose liberty has been restricted for reasons related to the armed conflict shall be held in quarters separated from men's quarters. They shall be under the immediate supervision of women. Nevertheless, in cases where families are detained or interned, they shall, whenever possible, be held in the same place and accommodated as family units. 6. Persons who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict shall enjoy the protection provided by this article until their final release, repatriation or re-establishment, even after the end of the armed conflict".

[53] In this connection, the Inter-American Commission on Human Rights has suggested that in circumstances in which the supervisory regulations and procedures under international humanitarian law prove inadequate to properly

42. Según se informa, algunos sospechosos de terrorismo han sido sometidos a detención no reconocida o secreta desde el 11 de septiembre de 2001. Además, al parecer, algunas personas detenidas que reúnen las condiciones para recibir protección con arreglo al Cuarto Convenio de Ginebra han sido ocultadas del CICR, o trasladadas o mantenidas fuera del territorio ocupado para su interrogatorio. Esos actos están prohibidos por la normativa internacional de derechos humanos y el derecho humanitario. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido específicamente como no susceptibles de suspensión alguna en cualesquiera circunstancias las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros y la detención no reconocida, habida cuenta de su condición de normas de derecho internacional general.[54] Las detenciones no reconocidas o secretas también propician un entorno en el que pueden producirse desapariciones, torturas y otras violaciones graves de los derechos humanos. Además, durante los conflictos armados o la ocupación internacionales, el ocultamiento de detenidos del CICR contraviene la letra y el espíritu del derecho humanitario aplicable, en particular habida cuenta del papel crítico desempeñado por el CICR en la protección y la asistencia a las víctimas de los conflictos armados.[55] Asimismo, el Cuarto Convenio de Ginebra prohíbe específicamente[56] los traslados o de-

---

safeguard the fundamental rights of detainees in international armed conflicts, for example where the continued existence of active hostilities becomes uncertain, or where a belligerent occupation continues over a prolonged period of time, the full supervisory mechanisms under international human rights law and domestic law may necessarily supersede international humanitarian law. See *IACHR, Report on Terrorism and Human Rights, op. cit.*, at note 42, para. 146. In a similar vein, the United States Supreme Court recently held that the United States courts have jurisdiction to consider challenges through habeas corpus proceedings to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connections with hostilities. U.S.S.C., *Rasul v. Bush*, No. 03-334, Opinion dated 28 June 2004.

54 General Comment No. 29, para. 13 (b).

55 See, e.g., Fourth Geneva Convention, art. 11; Additional Protocol I, art. 81.

56 See Fourth Geneva Convention, art. 49.

portaciones de personas protegidas de los territorios ocupados, que constituyen infracciones graves[57] de dicho Convenio. En consecuencia, los Estados deben abstenerse de toda práctica de detenciones no reconocidas o secretas en todo momento y en toda circunstancia.

G. Derechos de los menores detenidos

43. También es motivo de preocupación desde los ataques del 11 de septiembre la detención de menores sospechosos de actividades terroristas. En algunos casos, según se informa, se ha detenido a menores de 18 años de edad en las mismas instalaciones que adultos, y han sido víctimas de malos tratos, en particular de intimidación con perros policías y de abuso sexual. También se ha informado de que se ha negado a los menores detenidos el contacto con abogados, familiares y funcionarios consulares, así como el derecho a impugnar la legalidad de su detención ante un tribunal. La normativa internacional de derechos humanos prohíbe las medidas de esta índole en toda circunstancia, incluso durante los estados de excepción. A este respecto, es importante reiterar la estipulación de que un Estado no podrá suspender disposiciones de tratados de derechos humanos que sean incompatibles con sus demás obligaciones con arreglo al derecho internacional.[58] Estas obligaciones incluyen, por ejemplo, las salvaguardias con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos relativos a la justicia de menores[59] así como disposiciones similares de los tratados de derechos humanos concretamente relativas a la situación de los niños.[60] Por ejemplo, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que la

---

57 Ibidem, art. 147.

58 General Comment No. 29, para. 10. See similarly, IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights, op. cit.*, at note 42, para. 45.

59 See, e.g., United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice; United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty.

60 See, e.g., Additional Protocol I, art. 77; Additional Protocol II, art. 4 (3).

detención de un menor se llevará a cabo sólo como medida de último recurso y durante el plazo más breve que proceda. Mientras permanezca detenido, todo menor privado de libertad será tratado humanamente y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. Tendrá también derecho a mantener contacto con su familia, salvo en circunstancias excepcionales, y derecho a un pronto acceso a la asistencia letrada y otra asistencia adecuada. Como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño no contiene ninguna cláusula de suspensión y su texto es aplicable en situaciones de excepción.[61] Por lo tanto, y en toda circunstancia, la detención de menores debe ser excepcional y se hará mediante la aplicación de medidas que reconozcan y protejan las vulnerabilidades propias de los niños.

H. El derecho al debido procedimiento legal y a un juicio con las debidas garantías

44. La garantía del derecho de los sospechosos de terrorismo a un juicio equitativo es esencial para asegurar que las medidas de lucha contra el terrorismo sean respetuosas del estado de derecho. Las salvaguardias de los derechos humanos de todas las personas acusadas de delitos penales, incluidos los delitos relacionados con el terrorismo, se establecen en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en las disposiciones correspondientes de los instrumentos regionales de derechos humanos.[62] Estas salvaguardias incluyen el derecho a la presunta inocencia, el derecho a ser oído con las debidas garantías y en un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial, y el derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta

---

[61] General Comment No. 29, para. 10, note 5. See also Convention on the Rights of the Child, art. 38.

[62] American Convention, arts. 8, 9; European Convention, arts. 6, 7; article 40 of the Convention on the Rights of the Child prescribes similar protections relating specifically to proceedings involving children.

sean sometidos a un tribunal superior que cumpla las mismas normas.[63] En el derecho humanitario internacional se prevén en general salvaguardias idénticas para el enjuiciamiento de personas en el contexto de conflictos armados.[64] De hecho, muchas de las garantías de un juicio imparcial en los tratados de derecho humanitario se inspiran en buena medida en la normativa de los derechos humanos.[65]

45. El Comité de Derechos Humanos ha expuesto sus opiniones en la Observación General No. 29 sobre el carácter y la importancia de las garantías judiciales y el derecho a un juicio imparcial en relación con los derechos del Pacto que no pueden ser objeto de suspensión. Ha señalado que las salvaguardias relativas a la suspensión en el artículo 4 "se basan en los principios de legalidad y del estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto" (párr. 16). El Comité también ha opinado que el artículo 4 nunca podrá usarse de forma que se "socave la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión"[66] (párr. 15), de modo que, por ejemplo, cualquier imposición de la pena de muerte durante un estado de excepción no debe contradecir las disposiciones del Pacto, incluidas

---

63 Human Rights Committee, general Comment No. 13 (21), article 14 (1984).

64 See, e.g., Third Geneva Convention, articles 82-108, governing disciplinary and penal sanctions against prisoners of war, and article 130, prescribing the wilful deprivation of the rights of a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Fourth Geneva Convention, articles 64-75, governing penal prosecution of civilians in occupied territory, articles 117-126, regulating disciplinary and penal sanctions against interned civilians, article 147, prescribing the wilful deprivation of the rights to a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Additional Protocol I, article 75 (4); Additional Protocol II, article 6.

65 See, e.g., International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva: ICRC, 1987) (hereinafter ICRC, Commentary on the Additional Protocols), p. 879, indicating that most of the guarantees listed in subparagraphs 75 (4) (a)-(j) are contained in ICCPR, the European Convention and the American Convention on Human Rights.

66 Ibidem. See similarly IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, paras. 245-247.

las garantías de un juicio imparcial de conformidad con los artículos 14 y 15. El Comité también ha señalado que como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, no hay justificación alguna para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. Asimismo, ha señalado que sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y que se debe respetar la presunción de inocencia (párr. 16).

I. Tribunales militares

46. Antes del 11 de septiembre de 2001, y desde esa fecha, varias preocupaciones clave han caracterizado la aplicación de las garantías de un juicio imparcial en el enjuiciamiento de particulares por delitos relacionados con el terrorismo. Entre las cuestiones más urgentes se incluye la práctica de establecer cortes o tribunales especiales, en particular tribunales militares, para juzgar a civiles sospechosos de delitos de terrorismo cuando esos tribunales no cumplen con las normas mínimas de un juicio imparcial conforme al derecho internacional. Aunque los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e imparcial para los fines de juzgar a miembros del ejército por determinados delitos auténticamente vinculados con el servicio y la disciplina militares, el uso de esos militares para juzgar a civiles por delitos relacionados con el terrorismo plantea problemas. En la Observación General No. 13, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14 (párr. 4). Los órganos de tratados interamericanos, con más de 40 años de experiencia,[67] han sido más

---

[67] See, e.g., *Moriana Hernandez Valentini de Bazzano v. Uruguay*, communication No. 5/1977, Views of the Human Rights Committee adopted 15 August 1979,

categóricos, determinando que el procesamiento de civiles, incluidos los miembros de grupos armados disidentes, por tribunales militares, contraviene el derecho fundamental a un juicio con las debidas garantías.

47. La experiencia acumulada hasta ahora sugiere abundantemente que los tribunales militares rara vez cumplen con los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad aplicables al juicio de civiles como lo exige la normativa de derechos humanos porque el sistema de justicia militar en general no es parte del poder judicial civil independiente, sino más bien parte del poder ejecutivo.[68] El uso de cortes de justicia o de tribunales especiales también es problemático porque éstos no suelen aplicar los procedimientos debidamente establecidos del proceso judicial. Entre algunas prácticas emblemáticas de estos tribunales se incluyen las violaciones del principio de la no retroactividad del derecho penal, restricciones al acceso a testigos y pruebas, y el empleo de consideraciones de seguridad nacional que no son parte de los juicios ordinarios ante los tribunales civiles, así como la reunión de pruebas para su uso ante esos tribunales por medios que violan las normas de derechos humanos.

Selected Decisions Under the Optional Protocol (CCPR/C/OP/1), pp. 40-43. See similarly: IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61, doc 47, p. 96 (1983); IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Peru*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 (2000); IACtHR, *Castillo Petruzzi et al. case, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, OEA/Ser.L/V/III.47, pp. 211-300; IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Chile*, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 19 (1976); IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in Uruguay*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 (1978); IACHR, *Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (1999).

[68] Military courts are frequently presided over by active duty military officers who remain subordinate to their superiors in keeping with the military hierarchy, and where the manner in which they fulfil their assigned task might well play a role in their future promotions, assignments and professional rewards. These and other considerations have led international human rights supervisory bodies to declare that military courts fail to satisfy the conditions of independence and impartiality necessary to try civilians for terrorism-related or other crimes.

En relación con esta última práctica, el derecho internacional prohíbe claramente el uso de declaraciones involuntarias u obtenidas mediante la coacción,[69] así como el uso a guisa de prueba de cualquier declaración obtenida mediante la tortura.[70] Donde las normas internacionales estén menos definidas, por ejemplo, las restricciones al uso de pruebas reunidas mediante un allanamiento ilícito, la consideración primordial seguirá siendo el efecto del uso de esas pruebas sobre el carácter equitativo del proceso en general.[71] Cuando haya que depender de información secreta, se establecerán salvaguardias para garantizar el principio de la igualdad de armas, incluido el acceso efectivo a la información por el juez y el abogado del acusado.

48. Desde el 11 de septiembre de 2001, algunas personas clasificadas como "enemigas" o combatientes no privilegiados han sido obligadas a comparecer para su enjuiciamiento ante comisiones militares criticadas por no satisfacer las normas mínimas para un juicio imparcial con arreglo al derecho internacional. Es importante recalcar que las salvaguardias fundamentales del debido proceso con arreglo al derecho internacional humanitario se aplican no sólo a los prisioneros de guerra y a los civiles, sino también a los combatientes no privilegiados a quienes, por la razón que fuere, se les niega protección con arreglo a los Convenios de Ginebra Tercero y Cuarto. En juicios relacionados con hostilidades internacionales, estas salvaguardias responden a los principios del derecho consuetudinario incorporados en el artículo 3 común y el párrafo 4 del artículo 75 del Protocolo adicional I. Los juicios relacionados con conflictos no internacionales también deben ajustarse a las normas del artículo 3 común, complementadas por los principios del derecho internacional consuetudinario consagrados en el artículo 6 del Protocolo adicional II. Las garantías de estas disposiciones no son susceptibles de

---

[69] See, e.g., ICCPR, art. 14 (3) (g); American Convention, art. 8 (2) (g), (3).

[70] See, e.g., Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 15.

[71] See, e.g., ECHR, *Khan v. United Kingdom*, application No. 35394/97, judgment of 12 May 2000, *ECHR 2000-V*, para. 34.

suspensión y por lo tanto constituyen normas mínimas que jamás podrán suspenderse.[72] Por otra parte, el carácter no susceptible de suspensión de estas salvaguardias con arreglo al derecho humanitario impide cualquier suspensión que pudiese autorizarse de otra forma con arreglo a instrumentos aplicables de derechos humanos en cuanto tengan que ver con acusaciones atribuibles a las hostilidades.[73] En consecuencia, durante los conflictos armados, los Estados no podrán invocar suspensiones con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos u otros instrumentos de derechos humanos para justificar no ofrecer a cualquier persona, indistintamente de su categoría, las salvaguardias mínimas de un proceso con las debidas garantías y de un juicio imparcial. Este precepto es especialmente importante en los casos vinculados con la pena capital. Concretamente, el Comité de Derechos Humanos ha estipulado que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no podrá ser nunca "objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión",[74] y por lo tanto todo juicio que entrañe la pena de muerte durante un estado de excepción deberá satisfacer todas las disposiciones del Pacto, incluidas las garantías de un juicio imparcial, previstas en los artículos 14 y 15.

J. Derecho a un trato humanitario

49. Desde el 11 de septiembre de 2001, el Relator Especial sobre la tortura y los titulares de otros mandatos han expresado preocupación por los métodos empleados por algunos Estados en la lucha contra el terrorismo, que, según se informa, procuran eludir y, por

---

[72] ICRC, Commentary on the Additional Protocols, pp. 879-880, para. 3092.

[73] See ICCPR, art. 5 (2); general comment No. 29, para. 16. See similarly American Convention, art. 29 (b); IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, para. 259.

[74] General Comment No. 29, paras. 11, 15, 16. See similarly IACHR, ibidem, paras. 245-247.

consiguiente, socavan la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes enunciada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) y otros instrumentos de derechos humanos. Estas preocupaciones incluyen las técnicas de interrogatorio usadas para obtener información de sospechosos de terrorismo, el uso en procesos judiciales de pruebas obtenidas mediante la tortura, la existencia de lugares secretos de detención, y proyectos de leyes que alentarían a las autoridades de inmigración a devolver a ciertas personas en peligro de ser víctimas de tortura precisamente a un país donde es probable que sean torturadas. Cada una de estas medidas es incompatible con la prohibición absoluta de la tortura y otras formas de malos tratos prevista en la normativa de los derechos humanos.

50. Debe recordarse que las proscripciones de la tortura y los malos tratos están codificadas también en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977. En los Convenios de Ginebra se estipula que las personas protegidas deberán recibir en todo momento un trato humano, y se tipifican como crímenes de guerra graves la muerte, la tortura o el trato inhumano intencionales de estas personas. Además, los combatientes no privilegiados en hostilidades internacionales a los que, por la razón que fuere, se les niegue protección con arreglo a los Convenios de Ginebra, también tendrán derecho, en virtud del derecho consuetudinario, a la protección contra tortura y otros malos tratos con arreglo al artículo 3 común y al artículo 75 del Protocolo adicional I. La prohibición de los malos tratos del artículo 3 común se aplica también en todos los conflictos armados no internacionales a todas las personas que no participan o que ya no participan activamente en las hostilidades por encontrarse en manos de una parte en el conflicto.

51. Como se ha señalado anteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica a los actos extraterritoriales de los Estados Partes en territorio ocupado. Más aun, el derecho humanitario internacional se aplica en todo el territorio del Estado ocupado

y es vinculante para los nacionales, tanto militares como civiles, de la Potencia ocupante o de las Potencias ocupantes. Así, es alarmante que, conforme a informes y fotografías publicados, varios detenidos protegidos con arreglo a los Convenios de Ginebra Tercero y Cuarto hayan sido sometidos por nacionales de Potencias ocupantes a tratos equivalentes a tortura en virtud de la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos. Aunque algunas personas directamente implicadas en el trato ilícito de esos detenidos han sido enjuiciadas conforme se estipula en los Convenios de Ginebra, sus actividades han minado años de esfuerzos por establecer salvaguardias internacionales eficaces para el tratamiento de los detenidos en tiempo de guerra.

K. El principio de la no devolución y no expulsión de los refugiados y el traslado interestatal de personas

52. Desde el 11 de septiembre de 2001, según se informa, algunos Estados han extraditado, expulsado, deportado o de otra forma trasladado a extranjeros, algunos de ellos solicitantes de asilo, sospechosos de terrorismo, a su país de origen o a otros países donde presuntamente estarían expuestos a un peligro de tortura o malos tratos, sin atender al principio de no devolución. Este principio, incorporado en el párrafo 1 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados,[75] es absoluto y no susceptible de suspensión con arreglo a la normativa de derechos humanos, en particular el artículo 3 de la Convención sobre la Tortura.

---

[75] Stating: "No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers where his life or freedom would be threatened on account of his reace, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." However, subsection 2 of that same article provides that this benefit cannot be "claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country."

53. En su Observación General No. 31 el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en que la obligación de que los Estados

> [...] respeten y garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que estén en su territorio y a todas las que estén bajo su control implica que los Estados Partes están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente (párr. 12).

El Comité contra la Tortura ha afirmado lo siguiente en relación con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura: "Siempre que existan motivos fundados para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura tras ser expulsada a otro Estado, el Estado Parte tiene la obligación de no devolver a esa persona a ese Estado. El carácter de las actividades en que la persona interesada hubiera participado no puede ser una consideración sustancial al adoptarse una decisión en virtud del artículo 3 de la Convención".[76] Varios órganos regionales de derechos humanos[77] han expresado opiniones similares en relación con la prohibición de la tortura en el contexto de las expulsiones, tanto en su jurisprudencia como en sus informes.

---

[76] *Tapia Paez v. Sweden*, communication No. 39/1996, Views adopted on 28 April 1997, para. 6; see *Arkauz v. France*, communication No. 63/1997, para. 11.5, Views adopted on 9 November 1999.

[77] See ECHR, *Chahal v. The United Kingdom*, application No. 22414/93, judgement of 15 November 1996, *Reports 1996*-V, para. 80; ECHR, *Soering v. Tthe United Kingdom*, application No. 24038/88, judgement of 7 July 1989, Series A, No. 161, paras. 88, 113: IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights, op. cit.*, at note 42, paras. 384-397; *Second Progress Report of the Special Rapporteurship on Migrant Workers and their Families in the Hemisphere*, OEA/Ser./L/V/II.111, Doc. 20 rev, 16 April 2001.

L. El traslado de personas sospechosas de terrorismo, incluida la "entrega"

54. Los Estados tienen incuestionablemente la obligación de adoptar medidas efectivas para hacer frente a las amenazas terroristas y procurar una cooperación más estrecha con otros Estados con ese fin. Sin embargo, como se recalca en la Resolución 1456 (2003) del Consejo de Seguridad, deberán hacerlo de conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales, en particular la normativa de los derechos humanos. En consecuencia, se han expresado graves preocupaciones en relación con el traslado, incluida la denominada "entrega" de extranjeros por ciertos Estados a otros países sin recurrir a los procedimientos de extradición, expulsión o deportación legalmente reconocidos.

55. Según se informa, en la mayoría de los traslados realizados después del 11 de septiembre, las personas trasladadas eran personas sospechosas de terrorismo, a menudo recluidas extraterritorialmente, que sin haber sido acusadas penalmente eran trasladadas a terceros Estados, según parece para su interrogatorio. Se afirma que muchos de estos Estados receptores practican sistemática o habitualmente la tortura, con frecuencia como parte de los interrogatorios. En ciertas situaciones, se informa de que algunas personas han sido trasladadas a lugares desconocidos donde han permanecido en régimen de aislamiento durante períodos prolongados o indefinidos. Al parecer, estas prácticas tienen lugar sin vigilancia judicial o salvaguardia jurídica alguna. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales sobre el informe de determinado Estado, expresó "[...] su preocupación por los casos de expulsión de extranjeros sospechosos de terrorismo, sin que haya posibilidad de impugnar dichas medidas por la vía legal" (CCPR/CO/75/YEM, párr. 18). Los traslados en los que se ignora o se hace caso omiso del peligro para la integridad física de la persona en el Estado receptor o que no ofrecen al interesado recurso jurídico alguno son incompatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de la normativa de los derechos humanos y, en consecuencia, no deben realizarse.

M. Garantías diplomáticas

56. También es motivo de preocupación la dependencia cada vez mayor de las garantías diplomáticas solicitadas por el Estado remitente al Estado receptor de que las personas trasladadas sospechosas de terrorismo no serán sometidas a tortura u otros malos tratos una vez en el país. Esos traslados van acompañados sólo a veces de un mecanismo de vigilancia rudimentario, la mayoría de las veces en la forma de visitas esporádicas a la persona por representantes diplomáticos del Estado remitente. Algunos Estados han afirmado que al solicitar dichas garantías cumplen con el principio de la no devolución, pero los críticos disienten de esa afirmación. En contraste con las garantías relativas al uso de la pena de muerte o el enjuiciamiento por un tribunal militar, que son fácilmente verificables, las garantías contra la tortura y otros abusos exigen una vigilancia constante por parte de personal competente e independiente. Además, el mero hecho de que se soliciten esas garantías puede interpretarse como un reconocimiento tácito por parte del Estado remitente de que de hecho la persona trasladada corre el riesgo de ser torturada o maltratada.

57. El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura mencionó en su informe a la Asamblea General "varios casos en los que al parecer no se respetaron las garantías diplomáticas" y dijo que cabía preguntarse si la práctica de obtener garantías no se estaba convirtiendo en un sustituto de inspiración política del principio de no devolución (A/59/324, párr. 31). Su preocupación es reforzada por el hecho de que las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, por lo que su violación no entraña sanciones. Incluso cuando las garantías van acompañadas de una vigilancia posterior a la devolución, los Estados que presuntamente practican la tortura han limitado en general el acceso a los extranjeros, en particular a médicos y abogados independientes, que suelen ser los más aptos para determinar si han ocurrido abusos. Además, esa vigilancia se ve frustrada también por el hecho de que las personas sometidas a tortura se suelen mostrar reacias a hablar sobre los abusos, temerosas de ser sometidas a nuevas torturas en represalia por sus quejas.

58. El Comité de Derechos Humanos ha expresado preocupación por las expulsiones de solicitantes de asilo sospechosos de terrorismo a sus países de origen sobre la base de esas garantías. En observaciones finales recientes, se afirma que: "cuando un Estado Parte expulsa a una persona a otro Estado basándose en la garantía dada por el Estado receptor respecto del trato que recibirá esa persona, tiene que establecer mecanismos creíbles para velar por que el Estado receptor asegure el cumplimiento de esas garantías desde el momento de la expulsión" (CCPR/CO/74/SWE, párr. 12).[78]

59. En su informe (A/59/324), el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura sugirió algunos factores que habría que considerar al determinar si existe un peligro de tortura o de malos tratos. Los factores pueden describirse en general como las condiciones políticas prevalecientes en el Estado receptor[79] y las circunstancias personales del individuo que lo hacen particularmente vulnerable a este peligro en el Estado receptor.[80] Estos factores solos, o combinados,

---

[78] The Committee also stated that two visits by the sending States embassy in three months, the first only some five weeks after the return of the person and under the supervision of the detaining authorities, indicated an "absence of sufficiently serious efforts to monitor the implementation" of the guarantees received.

[79] Paras. 35-37. The most apparent example of a prevailing political condition precluding assurances is where a receiving State is known for its systematic practice of torture or ill-treatment. It is, however, important to note that torture need not be State policy to be considered systematic. Torture "may be the consequence of factors which the Government has difficulty in controlling, and its existence may indicate a discrepancy between the policy as determined by the central Government and its implementation by the local administration" (para. 36). In either scenario, where a systematic practice of torture is found, assurances should not be utilized.

[80] The Special Rapporteur on the question of torture indicated that various personal circumstances can effect the appropriateness of reliance on an assurance. These include: whether a person has been tortured or maltreated at the insistence or with the acquiescence of a public official in the receiving nation in the past; whether the person has engaged in political or other activity that would make him particularly vulnerable to the risk of torture following return; or whether the

determinarían si el principio de no devolución excluye la dependencia de las garantías. Sin embargo, el Relator Especial ha indicado que, como referencia, en circunstancias en que una persona sería devuelta a un lugar donde se practica sistemáticamente la tortura, "debe observarse estrictamente el principio de no devolución y que no debe recurrirse a las garantías diplomáticas" (ibíd., párr. 37).

60. El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura también ha elaborado salvaguardias mínimas que podrían incluirse en cualquier garantía. Éstas incluyen disposiciones relativas al acceso rápido a un abogado; la grabación de todos los interrogatorios y la identificación de todos los presentes en la grabación; la realización de un reconocimiento médico independiente sin dilación; la prohibición de la detención en régimen de incomunicación y en lugares de detención no revelados; y la vigilancia a cargo de personas o grupos independientes que incluya entrevistas privadas. Quienes realicen esas visitas deberían ser personas calificadas en la determinación de posibles indicios de tortura o malos tratos (ibíd., párrs. 41 y 42).

61. Habida cuenta de la obligación absoluta de los Estados de no exponer a ninguna persona al peligro de tortura por motivo de extradición, expulsión, deportación u otro traslado, no deberían usarse las garantías diplomáticas para burlar esa obligación de no devolución.

N. Derecho a la propiedad: compilación de listas y congelación de bienes pertenecientes a terroristas

62. A raíz de los ataques del 11 de septiembre, el Consejo de Seguridad,[81] las organizaciones regionales y los Estados han adopta-

---

person belongs to an identifiable group based on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender, or sexual orientation and because of it is at risk of discrimination that would amount to torture or other ill-treatment. Ibidem, paras. 38 and 39.

[81] Paragraph 1 (b) of Security Council resolution 1373 (2001) required all States to "criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or

do medidas para determinar y congelar bienes que pudieran usarse para facilitar la perpetración de actos terroristas. Esto se ha logrado en parte mediante la elaboración de listas en las que se señalan nombres de personas, grupos u organizaciones con presuntos vínculos con el terrorismo. El 8 de diciembre de 2004 el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1566 (2004) por la que decidió establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar medidas prácticas, incluida la congelación de los activos financieros de "las personas, los grupos y las entidades involucrados en actividades terroristas o asociados con ellas, además de las ya enunciadas por el Comité de Sanciones contra Al-Qaida y los Talibanes" (párr. 9).

63. La determinación y congelación de los bienes pertenecientes a personas y grupos involucrados en actividades de terrorismo son medidas apropiadas y necesarias para luchar contra ese mal. A la luz de las graves consecuencias que pueden resultar de la inclusión en esas listas, debe ejercerse sumo cuidado para asegurar que no se incluya en esas listas a ninguna persona o grupo por error. Con todo, ninguna resolución pertinente del Consejo de Seguridad establece normas jurídicas precisas que rijan la inclusión de personas o grupos en listas o la congelación de bienes, ni mucho menos establece salvaguardias o recursos jurídicos en favor de las personas incluidas en esas listas por error o equivocación.

64. Esto es problemático puesto que los Estados, cuyas medidas contienen definiciones muy divergentes de terrorismo y delitos de terrorismo, no sólo redactan esas listas y dictan las órdenes de con-

---

indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts". Paragraph 1 (c) further required States to "freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons or entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities".

gelación de bienes, sino que suelen descuidar la revisión judicial o el derecho de apelación de las decisiones de inclusión inicial. Por lo menos en una organización regional, la inclusión en una lista como resultado de una investigación realizada por un solo Estado exige a todos los demás Estados miembros que congelen los bienes de toda persona incluida en la lista. Según se informa, en un país de otra región cerca de 400 individuos y grupos han sido declarados "terrorista mundial especialmente designado" por un organismo ejecutivo, quedando expuestos así a la confiscación o congelación de sus bienes. Los abogados de algunas de estas personas afectadas han afirmado que esas designaciones se basan en criterios vagos y generales y que, una vez hechas, son de duración indefinida. Además, se han planteado cuestiones sobre la confiabilidad y la exactitud de la información en que se basan los Estados para compilar estas listas, que suele tratarse como material clasificado. La Asociación Internacional de Abogados señala a este respecto:

> [...] los Estados que adoptan estas medidas suelen proteger el carácter secreto de la información que poseen. Por lo tanto, la posibilidad de impugnar la acción del Estado es limitada, puesto que las personas afectadas por las órdenes de congelación de bienes y disposiciones análogas sencillamente carecen de información sobre los motivos en que se funda la orden, y están así en desventaja respecto de cualquier impugnación que intenten contra las órdenes que las afectan.[82]

65. Estas inquietudes en relación con la garantía de un proceso imparcial subrayan la necesidad de someter esas determinaciones a un examen judicial bien fundado para proteger los derechos de propiedad de quienes hayan sido incluidos por error en dichas listas.[83]

---

[82] IBA, Report on International Terrorism, *op. cit.*, at note 26, p. 126.

[83] The Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe, *op. cit.*, at note 5, states in this regard: "The use of the property of persons or organizations suspected of terrorist activities may be suspended or limited, notably by such measures as freezing orders or seizures, by the relevant

O. Derecho a la intimidad: reunión e intercambio de información

66. Una cuestión conexa tiene que ver con las medidas regionales y nacionales adoptadas a partir del 11 de septiembre 2001 que entrañan la reunión y el intercambio de datos personales estimados pertinentes para la prevención de actos terroristas.[84] Por ejemplo, muchos Estados han incrementado considerablemente su vigilancia y la reunión de información sobre personas o grupos sospechosos de terrorismo mediante la escucha telefónica, la intercepción de correspondencia y los allanamientos de propiedades. Algunos Estados también han comenzado a reunir información y datos personales "biométricos" no sólo sobre personas sospechosas de terrorismo sino también sobre todos los visitantes extranjeros. Según parece, parte de esta información se intercambiará con otros Estados. Habida cuenta de los métodos de comunicación cada vez más perfeccionados empleados por los grupos terroristas, esas medidas de hecho pueden resultar inestimables y necesarias para identificar, infiltrar y reprimir a los miembros de esos grupos. Al mismo tiempo, muchas de estas medidas pueden violar indebidamente el derecho a la intimidad.

67. El derecho a la intimidad y a la protección judicial contra la injerencia arbitraria o ilícita en ese derecho se garantizan en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 11 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea, respectivamente. En estos instrumentos se estipula la suspensión de ese derecho durante auténti-

---

authorities. The owners of the property have the possibility to challenge the lawfulness of such a decision before a court" (guideline XIV, Right to property). See also *A More Secure World: Our Shared Responsibility,* report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (New York: United Nations, 2004), para. 152: "The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee should institute a process for reviewing the cases of individuals and institutions claiming to have been wrongly placed or retained on its watch lists."

84 Paragraph 3 (a) of Council resolution 1373 (2001), called upon all States to "find ways of intensifying and accelerating the exchange of operational information, especially regarding actions or movements of terrorist persons or networks."

cas situaciones de excepción. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció en el caso *Klass*[85] que las sociedades democráticas amenazadas por el terrorismo deben poder contrarrestar eficazmente esa amenaza y aceptó "[...] que la existencia de legislación que otorga facultades de vigilancia secreta de la correspondencia, del correo y de las comunicaciones es necesaria en condiciones excepcionales en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional y de la prevención del desorden o el delito".[86] También observó que:

> [...] no obstante, el Tribunal recalca que esto no significa que los Estados contratantes gocen de discreción ilimitada para someter a las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción a vigilancia secreta. El Tribunal, consciente del peligro que supone una ley de esa índole, que puede debilitar o incluso destruir la democracia por querer defenderla, afirma que los Estados contratantes no pueden adaptar indistintamente cualesquiera medidas que estimen apropiadas en nombre de la lucha contra el espionaje y el terrorismo.[87]

68. Se ha expresado la preocupación de que el intercambio de datos entre Estados introducirá el riesgo de que datos reunidos con un propósito se usen con otro propósito distinto, y de que también se faciliten datos sumamente sensibles a gobiernos incapaces de protegerlos adecuadamente. Además, algunos críticos afirman que podría abusarse de esas medidas de lucha contra el terrorismo con la intención de influir indebidamente en los programas políticos, comprometer la capacidad de los tribunales de garantizar que no haya abuso de poderes y debilitar la responsabilidad gubernamental permitiendo que exista un mayor secreto. Algunas de estas medidas también pueden redundar en un acceso innecesario a los registros

---

85 ECHR, *Klass and others v. Germany*, application N° 5029/71, judgement of 6 September 1978, Series A, No. 28.

86 Ibidem, para. 48.

87 Ibidem, para. 49.

financieros, de viajes y médicos de particulares y en una mayor posibilidad de que se someta a vigilancia innecesaria a ciertos particulares.

69. Reconociendo que esas medidas pueden injerir innecesariamente en la vida privada, el Consejo de Europa señaló en sus Directrices sobre los derechos humanos y de lucha contra el terrorismo que esas medidas, en particular los registros personales y domiciliarios, las escuchas ilícitas, las intercepciones telefónicas, la vigilancia de la correspondencia y el uso de agentes infiltrados, deben estar previstas por ley y que la legalidad de dichas medidas debe poder impugnarse ante los tribunales (directriz VI). Más concretamente, en la directriz V se afirma que la recopilación y procesamiento de datos personales por parte de cualquier autoridad competente en materia de seguridad del Estado pueden menoscabar el respeto de la vida privada, en particular: "i) si se rigen por las disposiciones pertinentes del derecho interno; ii) son proporcionales al fin para el cual fueron previstos; y iii) pueden ser supervisados por una autoridad externa independiente".

70. Además de garantizar la revisión por los tribunales nacionales de medidas antiterroristas que injieran [sic] en los derechos relacionados con la intimidad, esas medidas también exigen una vigilancia estrecha y permanente por parte de las organizaciones intergubernamentales y los órganos de supervisión competentes creados en virtud de tratados.

P. El principio de la no discriminación y las técnicas de detección de presuntos terroristas

71. Desde el 11 de septiembre de 2001, las fuerzas del orden de numerosos Estados han empleado diversas técnicas de investigación para detectar a presuntos terroristas o impedirles la entrada en su territorio nacional. Al parecer, esas técnicas comprenden el "uso de perfiles" a partir de características como la raza, el origen nacional y la religión. Las personas sometidas a esas investigaciones sue-

len ser extranjeros, refugiados, solicitantes de asilo y migrantes de religión musulmana y/u origen árabe. El efecto resultante, intencionado o no, puede ser la asociación de esas personas o grupos con el terrorismo y, por ende, su estigmatización.

72. Uno de los preceptos fundamentales de las normas de derechos humanos, consagrado en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en las disposiciones de otros instrumentos de derechos humanos, es la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos de todos los individuos que estén sujetos a su jurisdicción, sin discriminación de ningún tipo. En los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos adicionales figuran prohibiciones comparables. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha declarado que la prohibición de la discriminación racial es una norma imperativa de derecho internacional que no admite acuerdo en contrario.[88] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a no sufrir discriminación "es inderogable, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario".[89] El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exigido también que "los Estados y las organizaciones internacionales velen por que las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo no sean discriminatorias en su finalidad o efectos por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico" y ha insistido en que "debe observarse el principio de la no discriminación en todos los ámbitos, en particular en los que atañen a la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona, la igualdad ante los tribunales y las debidas garantías procesales, así como a la cooperación internacional en los asuntos judiciales y de policía en esas esferas".[90] Ade-

---

88 *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session,* Supplement No. 18 (A/57/18), chap. XI, sect. C, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism.

89 IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights, op. cit.*, at note 42, para. 351.

90 See *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, op. cit.*, at note 89.

más, el Comité de Derechos Humanos afirmó en su Observación General No. 29 que la proclamación de un estado de excepción no podría invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituyera incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (párr. 13 e)).

73. El principio de la no discriminación se aplica a casi todos los aspectos del trato otorgado por un Estado a las personas en relación con sus medidas contra el terrorismo. Las normas de derechos humanos no prohíben toda distinción de trato en el disfrute de los derechos. Sin embargo, sí exigen que toda distinción permisible tenga un objetivo y una justificación razonable, que persiga un objetivo legítimo y que los medios utilizados sean razonables y proporcionales al fin perseguido.

74. Diversos órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han prestado especial atención a los efectos discriminatorios reales o potenciales de las prácticas de los Estados en la lucha contra el terrorismo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos lo han hecho principalmente al examinar los informes de los Estados Partes. En sus observaciones finales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha advertido a varios Estados de que sus medidas no deberían basarse en los perfiles raciales.[91] La Comisión Interamericana ha destacado que "todo uso de perfiles o recursos similares por el Estado debe cumplir estrictamente con los principios internacionales que rigen la necesidad, proporcionalidad y no discriminación y deben estar sujetos a un estricto escrutinio judicial".[92] El Grupo de Tareas sobre el Terrorismo de la Asociación Internacional de Abogados ha expresado su preocupación también porque el uso de la raza, la religión o la nacionalidad como criterios para detectar a presuntos terroristas puede ser a la vez discriminatorio e ineficaz, ya que los terroristas que no se ajustan a esos criterios pueden pasar

---

[91] See, e.g., ibidem, chap. III, paras. 223 and 338.

[92] IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights, op. cit.*, at note 42, para. 353.

desapercibidos, mientras que los inocentes que sí cumplen esos estereotipos pueden sentirse alienados y atacados cuando su ayuda podría resultar fundamental para combatir el terrorismo.[93]

75. Aunque la raza y la religión podrían ser factores importantes, no deberían ser los únicos criterios en los que los Estados se deberían basar para detectar a presuntos terroristas. La Asociación Internacional de Abogados ha observado acertadamente que esos factores sólo se deberían utilizar al aplicar criterios más específicos, que a su vez deben ser razonables. Para evaluar cuán razonables son los criterios se debe tener en cuenta la severidad de las medidas empleadas.[94]

76. Teniendo en cuenta sus posibles consecuencias discriminatorias, todas esas medidas deberían ser objeto de exámenes y análisis periódicos por los órganos nacionales e internacionales competentes. [...]

---

93 IBA, *Report on International Terrorism, op. cit.*, at note 26, pp. 64-65.

94 That report indicates by example that "it might be reasonable for reasons of national security to instigate immigration screening to all male citizens from country X arriving in country Y. By contrast, it may not be reasonable to question, arrest and detain all men from country X residing in, or visiting, country Y". Ibidem, p. 65. Derecho internacional humanitario.

Derecho internacional humanitario

Normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario Comité Internacional de la Cruz Roja, 2005*

El principio de distinción

Distinción entre civiles y combatientes

Norma 1. Las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados. [CAI/CANI]

---

* La siguiente lista se basa en las conclusiones expuestas en la investigación International Comite of the Red Cross, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Dado que este estudio no tenía por objeto determinar la índole consuetudinaria de cada norma contenida en los tratados de derecho internacional humanitario, la lista no sigue necesariamente la estructura de los tratados existentes. El ámbito de aplicación de las normas se indica entre corchetes: las siglas CAI indican las normas consuetudinarias aplicables en los conflictos armados internacionales y CANI las que se aplican en los conflictos armados no internacionales. En este último caso, algunas normas llevan la indicación de "c.a. en CANI" (cabe aplicarla en CANI), porque la práctica ha seguido en general esa dirección, aunque esté menos extendida. La traducción que se presenta aquí fue publicada como anexo en el artículo de Jean-Marie Henkaerts, "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 857, marzo de 2005, pp. 175 a 212, versión en español en www.cicir.org/spa.

Norma 2. Quedan prohibidos los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. [CAI/CANI]

Norma 3. Todos los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto son combatientes, excepto el personal sanitario y religioso. [CAI]

Norma 4. Las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, agrupaciones y unidades armadas y organizadas que estén bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte. [CAI]

Norma 5. Son personas civiles quienes no son miembros de las fuerzas armadas. La población civil comprende a todas las personas civiles. [CAI/CANI]

Norma 6. Las personas civiles gozan de protección contra los ataques, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. [CAI/CANI]

Distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares

Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados. [CAI/CANI]

Norma 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. [CAI/CANI]

Norma 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares. [CAI/CANI]

Norma 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean. [CAI/CANI]

Ataques indiscriminados

Norma 11. Quedan prohibidos los ataques indiscriminados. [CAI/CANI]

Norma 12. Son indiscriminados los ataques:

a) que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
b) en los que se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
c) en los que se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar, como exige el derecho internacional humanitario; y que, en consecuencia, pueden alcanzar indistintamente, en cualquiera de tales casos, tanto a objetivos militares como a personas civiles o bienes de carácter civil. [CAI/CANI]

Norma 13. Quedan prohibidos los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como un objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados, situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en la que haya una concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil. [CAI/CANI]

Proporcionalidad en el ataque

Norma 14. Queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

Precauciones en el ataque

Norma 15. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil. Se tomarán todas las precauciones factibles para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente. [CAI/CANI]

Norma 16. Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares. [CAI/CANI]

Norma 17. Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente. [CAI/CANI]

Norma 18. Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para evaluar si el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

Norma 19. Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para suspender o anular un ataque si se advierte que el objetivo no es militar o si es de prever que el ataque cause incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

Norma 20. Las partes en conflicto deberán dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de todo ataque que pueda afectar a la población civil, salvo si las circunstancias lo impiden. [CAI/CANI]

Norma 21. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar similar, se optará por el objetivo cuyo ataque presente previsiblemente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil. [CAI/c.a. en CANI]

Precauciones contra los efectos de los ataques

Norma 22. Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control. [CAI/CANI]

Norma 23. En la medida de lo factible, las partes en conflicto evitarán situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas. [CAI/c.a. en CANI]

Norma 24. En la medida de lo factible, las partes en conflicto deberán alejar a las personas civiles y los bienes de carácter civil que estén bajo su control de la proximidad de objetivos militares. [CAI/c.a. en CANI]

Personas y bienes especialmente protegidos

Personal y bienes sanitarios y religiosos

Norma 25. El personal sanitario exclusivamente destinado a tareas médicas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

Norma 26. Queda prohibido castigar a alguien por realizar tareas médicas conformes con la deontología u obligar a una persona que ejerce una actividad médica a realizar actos contrarios a la deontología. [CAI/CANI]

Norma 27. El personal religioso exclusivamente destinado a actividades religiosas será respetado y protegido en todas las circunstancias. Perderá su protección si, al margen de su función humanitaria, comete actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

Norma 28. Las unidades sanitarias exclusivamente destinadas a tareas sanitarias serán respetadas y protegidas en todas las circunstancias. Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

Norma 29. Los medios de transporte sanitarios exclusivamente destinados al transporte sanitario serán respetados y protegidos en todas las circunstancias. Perderán su protección si se utilizan, al margen de su función humanitaria, para cometer actos perjudiciales para el enemigo. [CAI/CANI]

Norma 30. Quedan prohibidos los ataques directos contra el personal y los bienes sanitarios y religiosos que ostenten los signos distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional. [CAI/CANI]

Personal y bienes de socorro humanitario

Norma 31. El personal de socorro humanitario será respetado y protegido. [CAI/CANI]

Norma 32. Los bienes utilizados para las acciones de socorro humanitario serán respetados y protegidos. [CAI/CANI]

Personal y bienes de las misiones de mantenimiento de la paz

Norma 33. Queda prohibido lanzar un ataque contra el personal y los bienes de las misiones de mantenimiento de la paz que sean conformes con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan

derecho a la protección que el derecho internacional humanitario otorga a las personas civiles y los bienes de carácter civil. [CAI/CANI]

Periodistas

Norma 34. Los periodistas civiles que realicen misiones profesionales en zonas de conflicto armado serán respetados y protegidos, siempre que no participen directamente en las hostilidades. [CAI/CANI]

Zonas protegidas

Norma 35. Queda prohibido lanzar un ataque contra una zona establecida para proteger a los heridos, los enfermos y las personas civiles de los efectos de las hostilidades. [CAI/CANI]

Norma 36. Queda prohibido lanzar un ataque contra una zona desmilitarizada de común acuerdo entre las partes en conflicto. [CAI/CANI]

Norma 37. Queda prohibido lanzar un ataque contra una localidad no defendida. [CAI/CANI]

Bienes culturales

Norma 38. Las partes en conflicto deben respetar los bienes culturales:

a) En las operaciones militares se pondrá especial cuidado en no dañar los edificios dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos, a no ser que se trate de objetivos militares.
b) No serán atacados los bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, salvo en caso de necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

Norma 39. Queda prohibido utilizar bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos para fines que pudieran exponerlos a su destrucción o deterioro, salvo en caso de necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

Norma 40. Las partes en conflicto deben proteger los bienes culturales:

a) Queda prohibido confiscar, destruir o dañar intencionadamente los establecimientos dedicados a fines religiosos o caritativos, a la enseñanza, las artes o las ciencias, así como los monumentos históricos y las obras artísticas o científicas.
b) Queda prohibida cualquier forma de robo, pillaje o apropiación indebida de bienes que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, así como todo acto de vandalismo contra ellos. [CAI/CANI]

Norma 41. La potencia ocupante debe impedir la exportación ilícita de bienes culturales de un territorio ocupado y devolver los bienes ilícitamente exportados a las autoridades competentes de ese territorio. [CAI]

Obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas

Norma 42. Se pondrá especial cuidado al atacar obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a saber, presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica, así como otras instalaciones situadas en ellas o en sus proximidades, a fin de evitar la liberación de esas fuerzas y las consiguientes pérdidas importantes entre la población civil. [CAI/CANI]

El medio ambiente natural

Norma 43. Los principios generales sobre la conducción de las hostilidades se aplican al medio ambiente natural:

a) Ninguna parte del medio ambiente natural puede ser atacada, a menos que sea un objetivo militar.
b) Queda prohibida la destrucción de cualquier parte del medio ambiente natural, salvo que lo exija una necesidad militar imperiosa.
c) Queda prohibido lanzar ataques contra objetivos militares de los que quepa prever que causen daños incidentales al medio ambiente natural que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. [CAI/CANI]

Norma 44. Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones. [CAI/c.a. en CANI]

Norma 45. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. La destrucción del medio ambiente natural no puede usarse como arma. [CAI/c.a. en CANI]

Métodos específicos de guerra

Prohibición de no dar cuartel

Norma 46. Queda prohibido ordenar que no se dé cuartel, amenazar con ello al adversario o conducir las hostilidades en función de tal decisión. [CAI/CANI]

Norma 47. Queda prohibido atacar a una persona cuando se reconozca que está fuera de combate. Está fuera de combate toda persona:

a) que está en poder de una parte adversa;
b) que no puede defenderse porque está inconsciente, ha naufragado o está herida o enferma; o
c) que exprese claramente su intención de rendirse; siempre que se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse. [CAI/CANI]

Norma 48. Queda prohibido atacar, durante su descenso, a toda persona que se haya lanzado en paracaídas de una aeronave en peligro. [CAI/CANI]

Destrucción y confiscación de bienes

Norma 49. Las partes en conflicto pueden confiscar el material militar perteneciente a un adversario como botín de guerra. [CAI]

Norma 50. Queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

Norma 51. En los territorios ocupados:

a) podrán confiscarse los bienes públicos muebles que puedan usarse para operaciones militares;
b) los bienes públicos inmuebles deben administrarse de conformidad con la norma del usufructo; y
c) los bienes privados deben respetarse y no pueden confiscarse; a no ser que una necesidad militar imperiosa exija la destrucción o confiscación de esos bienes. [CAI]

Norma 52. Queda prohibido el pillaje. [CAI/CANI]

Hacer padecer hambre y acceso a la ayuda humanitaria

Norma 53. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a la población civil. [CAI/CANI]

Norma 54. Queda prohibido atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. [CAI/CANI]

Norma 55. Las partes en conflicto permitirán y facilitarán, a reserva de su derecho de control, el paso rápido y sin trabas de toda la ayuda humanitaria destinada a las personas civiles necesitadas que tenga carácter imparcial y se preste sin distinción desfavorable alguna. [CAI/CANI]

Norma 56. Las partes en conflicto deben garantizar la libertad de movimiento del personal humanitario autorizado, esencial para el ejercicio de sus funciones y que sólo podrá restringirse temporalmente en caso de necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]

Engaño

Norma 57. Las estratagemas de guerra no están prohibidas, siempre que no infrinjan alguna norma del derecho internacional humanitario. [CAI/CANI]

Norma 58. Queda prohibido hacer uso indebido de la bandera blanca de parlamento. [CAI/CANI]

Norma 59. Queda prohibido hacer uso indebido de los emblemas distintivos estipulados en los Convenios de Ginebra. [CAI/CANI]

Norma 60. Queda prohibido usar el emblema y el uniforme de las Naciones Unidas, a no ser que lo haya autorizado esta organización. [CAI/CANI]

Norma 61. Queda prohibido hacer uso indebido de cualquier otro emblema internacionalmente reconocido. [CAI/CANI]

Norma 62. Queda prohibido hacer uso indebido de las banderas o los emblemas militares, las insignias o los uniformes del adversario. [CAI/c.a. en CANI]

Norma 63. Queda prohibido usar banderas o emblemas militares, insignias o uniformes de Estados neutrales o de otros Estados que no son partes en el conflicto. [CAI/c.a. en CANI]

Norma 64. Queda prohibido concertar un acuerdo para suspender los combates con la intención de atacar por sorpresa al enemigo, confiado en ese acuerdo. [CAI/CANI]

Norma 65. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. [CAI/CANI]

Comunicación con el enemigo

Norma 66. Los mandos podrán entablar entre ellos contactos no hostiles, que deberán basarse en la buena fe, a través de cualquier medio de comunicación. [CAI/CANI]

Norma 67. Los parlamentarios son inviolables. [CAI/CANI]

Norma 68. Los mandos podrán tomar las precauciones necesarias para evitar que la presencia de un parlamentario sea perjudicial. [CAI/CANI]

Norma 69. Los parlamentarios que aprovechen su posición privilegiada para cometer un acto contrario al derecho internacional y perjudicial para el adversario pierden su inviolabilidad. [CAI/CANI]

Armas

Principios generales sobre el empleo de las armas

Norma 70. Queda prohibido el empleo de medios y métodos de guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. [CAI/CANI]

Norma 71. Queda prohibido el empleo de armas de tal índole que sus efectos sean indiscriminados [CAI/CANI]

Veneno

Norma 72. Queda prohibido el empleo de veneno o de armas envenenadas. [CAI/CANI]

Armas biológicas

Norma 73. Queda prohibido el empleo de armas biológicas. [CAI/CANI]

Armas químicas

Norma 74. Queda prohibido el empleo de armas químicas. [CAI/CANI]

Norma 75. Queda prohibido el empleo de sustancias antidisturbios como método de guerra. [CAI/CANI]

Norma 76. Queda prohibido el empleo de herbicidas como método de guerra si:

a) son de tal índole que están prohibidos como armas químicas;
b) son de tal índole que están prohibidos como armas biológicas;
c) están destinados a una vegetación que no es un objetivo militar;

d) pueden causar incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; o
e) pueden causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. [CAI/CANI]

Balas expansivas

Norma 77. Queda prohibido el empleo de balas que se expanden o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano. [CAI/CANI]

Balas explosivas

Norma 78. Queda prohibido el empleo antipersonal de balas que explotan en el cuerpo humano. [CAI/CANI]

Armas cuyo efecto principal es lesionar mediante fragmentos no localizables

Norma 79. Queda prohibido el empleo de armas cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos no localizables por rayos X en el cuerpo humano. [CAI/CANI]

Armas trampa

Norma 80. Queda prohibido el empleo de armas trampa que estén de algún modo unidas o vinculadas a objetos o personas que gozan de una protección especial del derecho internacional humanitario o a objetos que pueden atraer a las personas civiles. [CAI/CANI]

Minas terrestres

Norma 81. Cuando se empleen minas terrestres, se pondrá especial cuidado en reducir a un mínimo sus efectos indiscriminados. [CAI/CANI]

Norma 82. Las partes en conflicto que empleen minas terrestres deberán registrar, en la medida de lo posible, su ubicación. [CAI/c.a. en CANI]

Norma 83. Cuando cesen las hostilidades activas, las partes en conflicto que hayan empleado minas terrestres deberán retirarlas o hacerlas de algún otro modo inofensivas para la población civil, o facilitar su remoción. [CAI/CANI]

Armas incendiarias

Norma 84. Si se emplean armas incendiarias, se pondrá especial cuidado en evitar que causen incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, así como daños a bienes de carácter civil, o en reducir en todo caso a un mínimo estos efectos. [CAI/CANI]

Norma 85. Queda prohibido el empleo antipersonal de armas incendiarias, a menos que no sea factible emplear un arma menos dañina para poner al adversario fuera de combate. [CAI/CANI]

Armas láser que causan ceguera

Norma 86. Queda prohibido el empleo de armas láser específicamente concebidas, como su única o una más de sus funciones de combate, para causar ceguera permanente a la vista no amplificada. [CAI/CANI]

Trato debido a las personas civiles o fuera de combate

Garantías fundamentales

Norma 87. Las personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad. [CAI/CANI]

Norma 88. En la aplicación del derecho internacional humanitario, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo. [CAI/CANI]

Norma 89. Queda prohibido el homicidio. [CAI/CANI]

Norma 90. Quedan prohibidos los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes. [CAI/CANI]

Norma 91. Quedan prohibidos los castigos corporales. [CAI/CANI]

Norma 92. Quedan prohibidas las mutilaciones, las experimentaciones médicas o científicas o cualquier otra actuación médica no requerida por el estado de salud de la persona concernida y que no sea conforme a las normas médicas generalmente aceptadas. [CAI/CANI]

Norma 93. Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual. [CAI/CANI]

Norma 94. Quedan prohibidas la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. [CAI/CANI]

Norma 95. Queda prohibido el trabajo forzado no retribuido o abusivo. [CAI/CANI]

Norma 96. Queda prohibido tomar rehenes. [CAI/CANI]

Norma 97. Queda prohibida la utilización de escudos humanos. [CAI/CANI]

Norma 98. Quedan prohibidas las desapariciones forzadas. [CAI/CANI]

Norma 99. Queda prohibida la privación arbitraria de la libertad. [CAI/CANI]

Norma 100. Nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales. [CAI/CANI]

Norma 101. Nadie puede ser acusado o condenado por una acción u omisión que no constituía delito según el derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco puede imponerse una pena mayor que la que era aplicable cuando se cometió la infracción penal. [CAI/CANI]

Norma 102. Nadie puede ser condenado por un delito si no es basándose en la responsabilidad penal individual. [CAI/CANI]

Norma 103. Quedan prohibidos los castigos colectivos. [CAI/CANI]

Norma 104. Deben respetarse las convicciones y las prácticas religiosas de las personas civiles y de las personas fuera de combate. [CAI/CANI]

Norma 105. En la medida de lo posible, se respetará la vida familiar. [CAI/CANI]

Combatientes y estatuto de prisionero de guerra

Norma 106. Los combatientes deben distinguirse de la población civil cuando estén participando en un ataque o en una operación militar previa a un ataque. Si no lo hacen, no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. [CAI]

Norma 107. Los combatientes que son capturados mientras realizan actividades de espionaje no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. No podrán ser juzgados ni condenados sin proceso previo. [CAI]

Norma 108. Los mercenarios, tal y como están definidos en el Protocolo adicional I, no tienen derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra. No podrán ser juzgados ni condenados sin proceso previo. [CAI]

Heridos, enfermos y náufragos

Norma 109. Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los heridos, los enfermos y los náufragos sin distinción desfavorable alguna. [CAI/CANI]

Norma 110. Los heridos, los enfermos y los náufragos recibirán cuanto antes, en la medida de lo posible, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos ninguna distinción que no esté basada en criterios médicos. [CAI/CANI]

Norma 111. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para proteger a los heridos, los enfermos y los náufragos contra los malos tratos y el pillaje de sus pertenencias. [CAI/CANI]

Personas fallecidas

Norma 112. Cuando las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate, las partes en conflicto tomarán sin demora todas las medidas posibles para buscar, recoger y evacuar a los muertos sin distinción desfavorable alguna. [CAI/CANI]

Norma 113. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para evitar que los muertos sean despojados. Está prohibido mutilar los cadáveres. [CAI/CANI]

Norma 114. Las partes en conflicto harán todo lo posible para facilitar la repatriación de los restos mortales de las personas fallecidas, a solicitud de la parte a la que pertenecen o de sus familiares, y devolverán los efectos personales de los fallecidos. [CAI]

Norma 115. Los muertos serán inhumados respetuosamente y sus tumbas respetadas y mantenidas debidamente. [CAI/CANI]

Norma 116. Para facilitar la identificación de los muertos, las partes en conflicto deberán registrar toda la información disponible antes de inhumarlos y señalar la ubicación de las tumbas. [CAI/CANI]

Personas desaparecidas

Norma 117. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto. [CAI/CANI]

Personas privadas de libertad

Norma 118. Se proporcionará a las personas privadas de libertad alimentos, agua y ropa suficientes, así como un alojamiento y la asistencia médica convenientes. [CAI/CANI]

Norma 119. Las mujeres privadas de libertad serán alojadas en locales separados de los ocupados por los hombres, excepto cuando estén recluidas con su familia como unidad familiar, y estarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres. [CAI/CANI]

Norma 120. Los niños privados de libertad serán alojados en locales separados de los ocupados por los adultos, excepto cuando estén recluidos con su familia como unidad familiar. [CAI/CANI]

Norma 121. Las personas privadas de libertad deberán estar recluidas en locales alejados de la zona de combate, en condiciones higiénicas y saludables. [CAI/CANI]

Norma 122. Queda prohibido el pillaje de las pertenencias de las personas privadas de libertad. [CAI/CANI]

Norma 123. Deberán registrarse los datos personales de las personas privadas de libertad. [CAI/CANI]

Norma 124.

a) En los conflictos armados internacionales, se facilitará al CICR el acceso, con regularidad, a todas las personas privadas de libertad, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares. [CAI]
b) En los conflictos armados no internacionales, el CICR puede ofrecer sus servicios a las partes en conflicto para visitar a todas las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto, a fin de verificar las condiciones de detención y de restablecer el contacto entre esas personas y sus familiares. [CANI]

Norma 125. Las personas privadas de libertad estarán autorizadas a mantener correspondencia con sus familiares, con tal que se respeten las legítimas condiciones concernientes a su frecuencia y a la necesidad de censura por parte de las autoridades. [CAI/CANI]

Norma 126. Los internados civiles y las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán autorizados, en la medida de lo posible, a recibir visitas, en particular de sus parientes cercanos. [CANI]

Norma 127. Deberán respetarse las convicciones personales y las prácticas religiosas de las personas privadas de libertad. [CAI/CANI]

Norma 128.

a) Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados sin demora cuando hayan cesado las hostilidades activas. [CAI]
b) Los internados civiles serán puestos en libertad tan pronto como dejen de existir los motivos de su internamiento, pero, en todo caso, lo antes posible tras el fin de las hostilidades activas. [CAI]
c) Las personas privadas de libertad en relación con un conflicto armado no internacional serán liberadas tan pronto como dejen de existir los motivos por los cuales fueron privadas de su libertad. [CANI]

Si las personas mencionadas están cumpliendo una condena legalmente impuesta o si se han instruido diligencias penales contra ellas, podrá mantenerse su privación de libertad.

Desplazamientos y personas desplazadas

Norma 129.

a) Las partes en un conflicto armado internacional no pueden deportar o trasladar a la fuerza a toda la población civil de un territorio ocupado, o a parte de ella, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas. [CAI]
b) Las partes en un conflicto armado no internacional no pueden ordenar el desplazamiento, total o parcial, de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que lo exijan la seguridad de la población civil o razones militares imperiosas. [CANI]

Norma 130. Los Estados no pueden deportar o trasladar partes de su población civil a un territorio ocupado por ellos. [CAI]

Norma 131. En caso de desplazamiento, se tomarán todas las medidas posibles para que las personas afectadas sean acogidas en condiciones satisfactorias de alojamiento, higiene, salubridad, seguridad y alimentación, y para que no se separen los miembros de una misma familia. [CAI/CANI]

Norma 132. Las personas desplazadas tienen derecho a regresar voluntariamente a su hogar o a su lugar habitual de residencia, tan pronto como dejen de existir las razones que motivaron su desplazamiento. [CAI/CANI]

Norma 133. Deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas. [CAI/CANI]

Otras personas especialmente protegidas

Norma 134. Deberán respetarse las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados en materia de protección, salud y asistencia. [CAI/CANI]

Norma 135. Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales. [CAI/CANI]

Norma 136. Las fuerzas armadas o los grupos armados no deberán reclutar niños. [CAI/CANI]

Norma 137. No se permitirá que los niños participen en las hostilidades. [CAI/CANI]

Norma 138. Los ancianos, los inválidos y los enfermos mentales afectados por los conflictos armados tienen derecho a un respeto y protección especiales. [CAI/CANI]

Aplicación

Respeto del derecho internacional humanitario

Norma 139. Las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control. [CAI/CANI]

Norma 140. La obligación de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario no depende de la reciprocidad. [CAI/CANI]

Norma 141. Cuando sea necesario, los Estados pondrán asesores jurídicos a disposición de los jefes militares para que los aconsejen, al nivel adecuado, sobre la aplicación del derecho internacional humanitario. [CAI/CANI]

Norma 142. Los Estados y las partes en conflicto deberán impartir cursos de formación en derecho internacional humanitario a sus fuerzas armadas. [CAI/CANI]

Norma 143. Los Estados deberán promover la enseñanza del derecho internacional humanitario entre la población civil. [CAI/CANI]

Medidas para hacer respetar el derecho internacional humanitario

Norma 144. Los Estados no alentarán las violaciones del derecho internacional humanitario por las partes en un conflicto armado. En la medida de lo posible, deberán ejercer su influencia para hacer que cesen esas violaciones. [CAI/CANI]

Norma 145. Cuando no están prohibidas por el derecho internacional, las represalias bélicas están sujetas a condiciones estrictas. [CAI]

Norma 146. Quedan prohibidas las represalias bélicas contra las personas protegidas por los Convenios de Ginebra. [CAI]

Norma 147. Quedan prohibidas las represalias contra los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra y la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales. [CAI]

Norma 148. Las partes en un conflicto armado no internacional no tienen derecho a recurrir a represalias bélicas. Quedan prohibidas otras contramedidas contra personas que no participan o han dejado de participar directamente en las hostilidades. [CANI]

Responsabilidad y reparaciones

Norma 149. Un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le son imputables, en particular:

a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas;
b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa;
c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y
d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que él reconoce y acepta como comportamiento propio. [CAI/CANI]

Norma 150. El Estado responsable de violaciones del derecho internacional humanitario está obligado a reparar íntegramente la pérdida o la lesión causada. [CAI/CANI]

Responsabilidad individual

Norma 151. Las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables de ellos. [CAI/CANI]

Norma 152. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes. [CAI/CANI]

Norma 153. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables. [CAI/CANI]

Norma 154. Los combatientes tienen la obligación de desobedecer una orden que es manifiestamente ilícita. [CAI/CANI]

Norma 155. La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto ordenado era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta. [CAI/CANI]

Crímenes de guerra

Norma 156. Las violaciones graves del derecho internacional humanitario constituyen crímenes de guerra. [CAI/CANI]

Norma 157. Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. [CAI/CANI]

Norma 158. Los Estados deberán investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados. Deberán asimismo investigar otros crímenes de guerra que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados. [CAI/CANI]

Norma 159. Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello. [CANI]

Norma 160. Las leyes de prescripción no se aplican a los crímenes de guerra. [CAI/CANI]

Norma 161. Los Estados se esforzarán en cooperar todo lo posible entre ellos a fin de facilitar la investigación de los crímenes de guerra y el enjuiciamiento de los imputados. [CAI/CANI]

Jurisdicción universal y derecho penal internacional

Corte Suprema de Justicia de Argentina
Sentencia del 14 de junio de 2005*

A. Dictamen del Procurador General de la Nación

I

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad confirmó el auto de primera instancia que decreta el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón y amplía el embargo sobre sus bienes, por crímenes contra la humanidad consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (fojas 1 a 6). Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario (fojas 45 a 71) que, denegado (fojas 72 a 73 vuelta) dio origen a la presente queja.

---

* S. 1767. XXXVIII. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc., causa No. 17.768". La sentencia en su totalidad tiene el siguiente contenido: A. Dictamen del Procurador General de la Nación Nicolás Eduardo Becerra de 29 de agosto de 2002; B. Excusación para conocer en este asunto presentada por el Señor Ministro Doctor Don Augusto César Belluscio; C. Sentencia; D. Voto del Señor Ministro Doctor Don Antonio Boggiano; E. Voto del Señor Ministro Doctor Don Juan Carlos Maqueda; F. Voto del Señor Mi-

II

1. De la resolución de la cámara de fojas 1 a 6, surge que se imputa a Julio Héctor Simón, en aquel entonces suboficial de la Policía Federal Argentina, haber secuestrado en la tarde del 27 de noviembre de 1978 a José Liborio Poblete Rosa en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Marta Hlaczik, y a la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete, tal como fuera establecido en la causa No. 17414, "Del Cerro, Juan A. y Simón, Julio H. s/ procesamiento". Todos ellos fueron llevados al centro clandestino de detención conocido como "El Olimpo", donde el matrimonio fue torturado por distintas personas entre las que se encontraba Simón. Allí permanecieron unos dos meses, hasta que fueron sacados del lugar, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero.

El a quo rebate en dicha resolución las objeciones probatorias de la defensa y para el agravio consistente en la no aplicación de la Ley 23521, el tribunal se remite a los fundamentos dados en las causas 17889 y 17890, resueltas ese mismo día. En cuanto a la calificación legal de la conducta atribuida a Simón, se mantiene la efectuada por el juez de primera instancia, con expresa referencia a que se aplican los tipos penales más benignos, esto es, los que regían con anterioridad al año 1984.

Posteriormente, la cámara declara inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por la defensa contra dicha resolución, con el argumento de que la presentación carece del fundamento autónomo que exige el artículo 15 de la Ley 48 y no cumple con los recaudos indicados por la Corte en el precedente publicado en fallos: 314:1626. Y en tal sentido, observa el tribunal que –debido a tal defecto– para una comprensión cabal de la materia en discusión es necesario acu-

---

nistro Doctor Don E. Raúl Zaffaroni; G. Voto de la Señora Ministra Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco; H. Voto del Señor Ministro Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti; I. Voto de la Señora Ministra Doctora Doña Carmen M. Argibay, y J. Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Carlos S. Fayt. En el siguiente extracto sólo se incluyen los apartados A y C.

dir al expediente principal a fin de determinar la existencia de resoluciones diversas, el contenido de cada una de ellas y las tachas que hacen a la defensa.

2. La recurrente, por su parte, invocó los siguientes agravios: el querellante Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) carece de legitimación para querellar, y su participación en el proceso significó la consagración, por vía judicial, de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el artículo 43 de la Constitución Nacional que recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva. Se postula, en consecuencia, la nulidad absoluta de todo lo actuado con intervención de esa supuesta parte.

Por otra parte, la defensa pide que se aplique al imputado el beneficio otorgado por la Ley 23521, norma de la cual postula su validez constitucional citando la doctrina del caso publicado en fallos: 310:1162. Agrega que las leyes 23492 y 23531 revisten calidad de leyes de amnistía, de muy larga tradición entre nosotros, y que por el alto propósito que persiguen (la concordia social y política) no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales. De esto se deriva el carácter no justiciable del tema analizado, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos del artículo 75, incisos 12 y 20, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado.

Por último, la defensa cuestiona que los jueces inferiores receptaran el Derecho de Gentes de una manera que lesionaba las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*. Aduce que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –aprobada por la Ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la Ley 24820– con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega la recurrente que no se puede restar significación a la validez inalterable de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución

Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (artículo 4 de la ley 23.313).

III

1. Toda vez que está involucrada en el sub júdice la libertad de Julio Héctor Simón, podemos conjeturar que se encuentran reunidos en este recurso los requisitos de tribunal superior ("Rizzo" –publicado en fallos: 320:2118-, "Panceira, Gonzalo y otros s/ asociación ilícita s/ incidente de apelación de Alderete, Víctor Adrián" –expediente P.1042. XXXVI y "Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad, causa No. 798/85" –expediente S.471. XXXVII) y de sentencia definitiva (fallos: 310:2246; 312:1351; 314:451 y, más recientemente, en las recaídas en los precedentes ya citados de "Panceira, Gonzalo" y "Stancanelli, Néstor Edgardo").

2. A ello debe agregarse que, al haber postulado el recurrente –en contra de lo decidido por la cámara– la validez constitucional de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 23521, norma que regula una institución del derecho castrense, cual es los límites de la obediencia militar, así como la interpretación que realiza de garantías penales constitucionales, nos encontramos ante cuestiones federales, por lo que resulta procedente admitir la queja y declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, para lo cual paso a desarrollar los agravios pertinentes.

IV

En lo que respecta a la facultad para querellar del presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) aún cuando se aceptare la naturaleza federal de la cuestión, como lo ha hecho V.E. en los precedentes publicados en fallos: 275:535; 293:90; 302:1128 y 318:2080, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi, puesto que

está en juego la interpretación del concepto de "particular ofendido" –que exige la ley procesal para obtener la legitimación activa– a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, lo cierto es que la defensa ya dedujo la excepción de falta de acción de Horacio Verbitsky para querellar a Julio Simón, por estos mismos hechos, cuestión que fue tratada y resuelta por la cámara (fojas 44 de este incidente) sin que se advierta, o se alegue, arbitrariedad. Este agravio, en consecuencia, no es más que la redición de aquél, por lo que no resulta pertinente un nuevo tratamiento en esta ocasión. Por otro lado, tampoco se trata de una cuestión imprescindible para resolver este recurso o que tenga una conexión necesaria con la resolución en crisis, toda vez que la misma consiste en el dictado de medidas cautelares en el marco de un proceso donde el Ministerio Público Fiscal, más allá de la actuación de la querella, ejerce en plenitud su voluntad requirente. Todo ello sin perjuicio de mi opinión favorable en cuanto a las facultades del CELS para actuar en juicio en representación de las víctimas de estos delitos, según lo desarrollara en mi dictamen emitido en los autos "Mignone, Emilio F. s/ promueve acción de amparo" (S.C. M.1486.XXXVI).

V

En lo tocante al examen de las cuestiones sustanciales traídas a debate, estimo conveniente adelantar brevemente, para una más clara exposición, los fundamentos que sustentarán la posición que adoptaré en el presente dictamen y los distintos pasos argumentales que habré de seguir en el razonamiento de los problemas que suscita el caso.

Dada la trascendencia de los aspectos institucionales comprometidos, explicitaré, en primer lugar, la posición desde la cual me expediré. Para ello comenzaré con una introducción relativa a la ubicación institucional del Ministerio Público, las funciones encomendadas en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en particular, en relación con la protección de los dere-

chos humanos, y específicamente en el ejercicio de la acción penal, cuya prosecución se halla en cuestión.

Seguidamente, me ocuparé de examinar la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 a la luz del artículo 29 de la Constitución Nacional, con el objeto de demostrar que, ya para la época de su sanción, las leyes resultaban contrarias al texto constitucional.

En tercer lugar, abordaré el examen de la compatibilidad de las leyes con normas internacionales de jerarquía constitucional, vinculantes para nuestro país, al menos desde 1984 y 1986, que prohíben actos estatales que impidan la persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos y crímenes contra la humanidad (artículos 27, 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Concluiré que las limitaciones a las potestades legislativas –y de los demás poderes del Estado– que de ellas se deriva son coincidentes con aquella que ya imponía originariamente una correcta interpretación del artículo 29 del texto constitucional. Expondré, asimismo, que el deber de no impedir la investigación y sanción de los graves ilícitos mencionados pesa no sólo sobre el Legislativo, sino que recae sobre todo el Estado y obliga, por tanto, al Ministerio Público y al Poder Judicial a no convalidar actos de otros poderes que lo infrinjan.

En cuarto lugar, puesto que las consideraciones precedentes sólo tienen sentido en tanto no deba concluirse que se ha operado la prescripción de la acción penal para la persecución de los delitos imputados, explicaré por qué, a pesar del paso del tiempo, la acción penal para la persecución del hecho objeto de la causa aún no ha prescripto. Preliminarmente haré una consideración en lo que respecta al análisis de la privación ilegítima de la libertad como delito permanente, así como la fecha a partir de la cual corre la prescripción, a la luz del derecho interno.

Por último, también en relación con este aspecto, fundamentaré que, ya para la época de los hechos, existían normas en el ordenamiento jurídico nacional que reputaban la desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad y disponían su impres-

criptibilidad en términos compatibles con las exigencias de *lex certa y scripta*, que derivan del principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional).

VI

A

El examen de la constitucionalidad de un acto de los poderes del Estado importa necesariamente la tarea de precisar y delimitar el alcance y contenido de las funciones y facultades que la Constitución Nacional ha reservado al Ministerio Público Fiscal.

Esta institución, cuya titularidad ejerzo, ha recibido del artículo 120 de la Carta Fundamental, luego de la reforma de 1994, el mandato de defender la legalidad y velar por los intereses generales de la sociedad. Este mandato, otorgado por el poder constituyente, emerge directamente del pueblo soberano y, por ello, no es una simple potestad jurídica, sino un verdadero poder público que erige al Ministerio Público en un órgano constitucional esencial de la República Argentina. Una perspectiva congruente con las concepciones que en la actualidad intentan explicar el fenómeno "Estado" invita a analizar el sentido de la inserción del Ministerio Público en el orden institucional argentino y la significación que tiene para la sociedad en su conjunto.

La defensa de la legalidad, en el Estado de derecho, no es otra cosa que la defensa de la vigencia del derecho en el Estado, y se refiere, fundamentalmente, a la legalidad de la actuación de las instituciones y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Con este objeto, la Constitución ha facultado al Ministerio Público para "promover la actuación de la justicia" en defensa del orden institucional (artículo 120). Ello, a la vez, constituye un presupuesto esencial para defender "los intereses generales de la sociedad"; porque el orden institucional es el que ofrece las condiciones elementales para asegurar la libertad de los ciudadanos y de todos sus derechos esenciales. Nadie puede hoy negar que sin

orden institucional es imposible la convivencia justa y pacífica, y sin ambas es inconcebible lograr el verdadero fin del Estado: la libertad de los hombres cuya cooperación organiza, ordena y regula. Ambas –la tutela del orden constitucional expresado como principio de la legalidad, y la de los intereses generales de la sociedad– constituyen las dos caras de un mismo problema.

De este modo, que la Constitución Nacional le haya dado esta misión al Ministerio Público obedece a la lógica del Estado de derecho. El pueblo soberano ha puesto la custodia de la legalidad, la custodia del derecho en manos de un órgano público independiente y autónomo, a fin de que pueda requerir a los jueces la efectividad de dicha tutela. La libertad sólo es posible cuando se vive en paz; sin paz no hay libertad. Y ésta debe ser la preocupación fundamental del derecho y del Estado.

Los acontecimientos mundiales nos han enseñado que estamos compelidos a realizar una profunda conversión de nuestro pensamiento. Las fuentes de significación y las certezas de la modernidad (tales como la fe en el progreso; la creencia de que el avance tecnológico mejoraría el nivel de vida; la equivalencia entre crecimiento económico y desarrollo humano; etc.) se están agotando rápidamente en una sucesión temporal que acelera cada vez más la historia. Ampliar los horizontes mentales es un deber inexcusable para quienes ejercemos una autoridad pública. Y esa conversión implica que, aun entre los escombros de las catástrofes humanas, podemos descubrir una singular oportunidad de cambio. La actuación de las instituciones públicas que implique el avasallamiento de los derechos fundamentales de las personas y del orden institucional son una señal, un signo, del peligro de disolución social y constituyen una violación del Estado de derecho.

Como bien es sabido, nuestro sistema de control de la supremacía constitucional, al ser difuso, habilita a todo juez, a cualquier tribunal de cualquier instancia, para ejercerlo; e incluso, recientemente, V.E. aceptó ampliar la posibilidad de dicho control a la "declaración de oficio" por parte de los jueces (fallos: 324:3219).

El Ministerio Público, en el marco de su tarea de velar por la vigencia del orden público constitucional y los intereses generales de la sociedad debe actuar en "defensa del orden jurídico en su integralidad" y denunciar, por tanto, los actos y las normas que se opongan a la Constitución (fallos: 2:1857; 311:593; 315:319 y 2255); máxime cuando se hallan en juego los derechos y libertades fundamentales reconocidos en ella y en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, a los que expresamente el constituyente otorgó jerarquía constitucional. *Esas son las notas características, la misión fundacional y fundamental a la que no puede renunciar bajo ningún concepto el Ministerio Público, porque debe cumplir, en definitiva, con la representación de la sociedad argentina.*

B

En reiteradas ocasiones he sostenido que los casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, como las ocurridas en nuestro país entre los años 1976 –y aun antes– y 1983, exigen como imperativo insoslayable, y más allá de la posibilidad de imponer sanciones, una búsqueda comprometida de la verdad histórica como paso previo a una reconstrucción moral del tejido social y de los mecanismos institucionales del Estado (cfr. dictámenes de fallos: 321:2031 y 322:2896, entre otros).

Tal como expresé en el precedente "Suárez Mason" (fallos: 321: 2031) el respeto absoluto de los derechos y garantías individuales exige un compromiso estatal de protagonismo del sistema judicial; y ello por cuanto la incorporación constitucional de un derecho implica la obligación de su resguardo judicial. Destaqué, asimismo, que la importancia de esos procesos para las víctimas directas y para la sociedad en su conjunto demanda un esfuerzo institucional en la búsqueda y reconstrucción del Estado de Derecho y la vida democrática del país, y que, por ende, el Ministerio Público Fiscal no podía dejar de intervenir en ellos de un modo decididamente coherente y con la máxima eficiencia. Esta postura institucional ha sido sustentada durante mi gestión mediante el dictado de las resoluciones

73/98, 74/98, 40/99, 15/00, 41/00 y 56/01, ocasiones en que he sostenido la necesidad de empeñar nuestros esfuerzos para que las víctimas obtengan la verdad sobre su propia historia y se respete su derecho a la justicia.

Pues bien, en este mismo orden de pensamiento, y puesto ante la decisión de precisar los alcances de la obligación de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho a la justicia, creo que el compromiso estatal no puede agotarse, como regla de principio, en la investigación de la verdad, sino que debe proyectarse, cuando ello es posible, a la sanción de sus responsables. Como lo expondré en los acápites siguientes, la falta de compromiso de las instituciones con las obligaciones de respeto, pero también de garantía, que se hallan implicadas en la vigencia efectiva de los derechos humanos, no haría honor a la enorme decisión que ha tomado el Constituyente al incorporar a nuestra Carta Magna, por medio del artículo 75, inciso 22, los instrumentos internacionales de derechos humanos de mayor trascendencia para la región.

Esta línea de política criminal es consecuente con la tesitura que he venido sosteniendo desde este Ministerio Público Fiscal en cada oportunidad que me ha tocado dictaminar sobre la materia (cfr. dictámenes en fallos: 322:2896; 323:2035; 324:232; 324:1683, y en los expedientes A 80 L. XXXV "Engel, Débora y otro s/ hábeas data", del 10/3/99; V 34 L. XXXVI "Videla, Jorge R. s/ falta de jurisdicción y cosa juzgada", del 14/11/00; V 356 L. XXXVI "Vázquez Ferrá, Karina s/privación de documento", del 7/5/2001).

Pienso, además, que la reconstrucción del Estado nacional, que hoy se reclama, debe partir necesariamente de la búsqueda de la verdad, de la persecución del valor justicia y de brindar una respuesta institucional seria a aquellos que han sufrido el avasallamiento de sus derechos a través de una práctica estatal perversa y reclaman una decisión imparcial que reconozca que su dignidad ha sido violada.

El sistema democrático de un Estado que durante su vida institucional ha sufrido quiebres constantes del orden constitucional y

ha avasallado en forma reiterada las garantías individuales básicas de sus ciudadanos requiere que se reafirme para consolidar su sistema democrático, aquello que está prohibido sobre la base de los valores inherentes a la persona. La violencia que todavía sigue brotando desde el interior de algunas instituciones y que hoy en forma generalizada invade la vida cotidiana de nuestro país debe ser contrarrestada, ciertamente, con mensajes claros de que impera el Estado de derecho, sobre reglas inconmovibles que deben ser respetadas sin excepción, y que su violación apareja necesariamente su sanción. No hace falta aquí mayores argumentaciones si se trata de violaciones que, por su contradicción con la esencia del hombre, resultan atentados contra toda la humanidad.

C

En consecuencia, debo reafirmar aquí la posición institucional sostenida a lo largo de mi gestión, en el sentido de que es tarea del Ministerio Público Fiscal, como custodio de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, como imperativo ético insoslayable, garantizar a las víctimas su derecho a la jurisdicción y a la averiguación de la verdad sobre lo acontecido en el período 1976-1983, en un contexto de violación sistemática de los derechos humanos, y velar, asimismo, por el cumplimiento de las obligaciones de persecución penal asumidas por el Estado argentino.

Todo ello, en consonancia con la obligación que pesa sobre el Ministerio Público Fiscal, cuando se halla frente a cuestiones jurídicas controvertidas, de optar, en principio, por aquella interpretación que mantenga vigente la acción y no por la que conduzca a su extinción. Esta posición ha sido sostenida, como pilar de actuación del organismo, desde los Procuradores Generales doctores Elías Guastavino y Mario Justo López, en sus comunicaciones de fecha 19 de octubre de 1977 y 24 de julio de 1979, respectivamente, y mantenida hasta la actualidad (cfr., entre otras, Res. 3/86, 25/88, 96/93, MP 82/96, MP 39/99, MP 22/01).

VII

Es por todos conocido que la naturaleza de las leyes "de obediencia debida" y "de punto final", que en este caso han sido invalidadas por el a quo, ha sido materia de controversia. Para ello no cabe más que remitirse, por razones de brevedad, al precedente "Camps" del año 1987 (fallos: 310:1162), que dejó sentada la posición del máximo Tribunal en ese entonces respecto a su validez constitucional y, al cual se han remitido los diversos fallos posteriores que las han aplicado (fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312: 111; 316:532 y 2171 y 321:2031, entre otros).

Sin embargo, a mi entender, ya sea que se adopte la postura en torno a que la ley de obediencia debida constituye una eximente más que obsta a la persecución penal de aquellas previstas en el Código Penal o que la ley de punto final representa una causal de prescripción de la acción –cuyo régimen compete al Congreso Nacional legislar–, lo cierto es que el análisis correcto de sus disposiciones debe hacerse en torno a los efectos directos o inmediatos que han tenido para la persecución estatal de crímenes de la naturaleza de los investigados y, en este sentido, analizar si el Poder Legislativo de la Nación estaba facultado para dictar un acto que tuviera esas consecuencias. Por lo tanto, ya en este punto he de dejar aclarado que este Ministerio Público las considerará en forma conjunta como "leyes de impunidad" dispuestas por un órgano del gobierno democrático repuesto luego del quiebre institucional.

A esta altura, no es posible desconocer que el gobierno militar que usurpó el poder en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 se atribuyó la suma del poder público, se arrogó facultades extraordinarias y en ejercicio de estos poderes implementó, a través del terrorismo de Estado, una práctica sistemática de violaciones a garantías constitucionales (cfr. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la sesión del 11 de abril de 1980; Informe de la Comisión

Nacional sobre desaparición de Personas [Conadep], del 20 de septiembre de 1984 y fallos: 309:1689).

Por lo tanto, la cuestión gira en torno a la afirmación de que estas leyes, por su propia naturaleza, han impedido a los órganos de administración de justicia el ejercicio de la acción penal ante la comisión de determinados hechos que constituyeron graves violaciones de los derechos humanos y por los cuales la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaron a merced del gobierno de facto.

Cabe abordar, por ello, la cuestión si el contenido de las leyes en análisis resulta conciliable con lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Ciertamente el artículo 29 contiene prohibiciones al Legislativo y al Ejecutivo que, en puridad, se derivan ya del principio de separación de poderes que es inherente a la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución, y que surgen implícitas, asimismo, de las normas que delimitan las distintas esferas de actuación de los poderes de gobierno. Sin embargo, lejos de representar una reiteración superficial, la cláusula contiene un anatema que sólo se comprende en todo su significado cuando se lo conecta con el recuerdo de la dolorosa experiencia histórico-política que antecedió a la organización nacional. Como enseña González Calderón, este artículo "fue inspirado directamente en el horror y la indignación que las iniquidades de la dictadura [se refiere a Rosas] engendraron en los constituyentes, pero es bueno recordar que también otros desgraciados ejemplos de nuestra historia contribuyeron a que lo incluyeran en el código soberano" (Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, 3º ed., Buenos Aires, 1930, t. I, p. 180).

En efecto, sólo en el marco de esos hechos históricos puede comprenderse correctamente el objetivo político que los constituyentes persiguieron con su incorporación. Permítaseme, por ello, traer a colación algunos antecedentes –anteriores al dictado de la Constitución Nacional de 1853/1860– en los que las legislaturas concedieron "facultades extraordinarias" al Poder Ejecutivo, y que resultaron, sin duda, determinantes a la hora de concebir la cláusula constitucional. Así,

puede recordarse las otorgadas por la Asamblea General el 8 de septiembre y 15 de noviembre de 1813 al Segundo Triunvirato, para que "obre por sí con absoluta independencia" y con el objetivo de "conservar la vida del pueblo" (Emilio Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, 1937, t. I, p. 72); también aquellas que se otorgaron el 17 de febrero de 1820 a Manuel de Sarratea, como gobernador de Buenos Aires "con todo el lleno de facultades" (Méndez Calzada, *La función judicial en las primeras épocas de la independencia*, Buenos Aires, 1944, pp. 357-359); las dadas al entonces gobernador Martín Rodríguez, el 6 de octubre del mismo año, para "la salud del pueblo"; y claramente las concedidas al también gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, el 6 de diciembre de 1829, el 2 de agosto de 1830 y el 7 de marzo de 1835 (Ravignani, ob. cit.).

Es curioso destacar que las razones alegadas en aquellos momentos –al igual que desde el año 1930, en ocasión de la constante interrupción de la vida democrática del país–, han estado siempre basadas en la identificación "por algunos" de graves e inminentes "peligros para la Patria". Ello, con la consecuente decisión de que los cauces institucionales propios del Estado no eran aptos para despejar estos peligros, y sí lo era la violación de la garantía republicana de división de poderes y el recorte de las libertades individuales. En aquellas épocas se sostenía: "[…] se hace necesario sacrificar momentáneamente al gran fin de salvar la existencia del país…los medios ordinarios de conservar las garantías públicas y las particulares de los ciudadanos […]". (Ravignani, ibíd., p. 1087).

Fue, pues, sobre la base de esta realidad, que el constituyente incorporó el artículo 29 del texto constitucional, en clara reacción contra aquellos que pretendieran otorgar o ejercer, con la excusa de querer proteger a la Nación de "graves peligros", poderes omnímodos al gobernante, con la consecuente violación del principio republicano de división de poderes y el inevitable avasallamiento de las libertades civiles y los derechos inherentes a las personas que ese ejercicio ilimitado de poder trae aparejado.

En este sentido, suele citarse como antecedente inmediato del texto del artículo 29 una decisión de la legislatura de la provincia de

Corrientes. El Congreso General Constituyente provincial sancionó el 16 y 17 de diciembre de 1840 dos leyes cuyo contenido era la prohibición de que la provincia fuera gobernada por alguna persona con facultades extraordinarias o la suma del poder público. La razón de estas leyes quedó expuesta en el mensaje que se envió con ellas; así, se dijo que se ha querido imponer este límite "[…]aleccionados por la experiencia de los males que se han sufrido en todo el mundo por la falta de conocimiento claro y preciso de los primeros derechos del hombre en sociedad […]"; que "[…] los representantes de una sociedad no tienen más derechos que los miembros que la componen", y que en definitiva, "aquellos no pueden disponer de la vida y libertad, derechos inalienables del hombre […]" (cit. por Joaquín Rubianes, "Las facultades extraordinarias y la suma del poder público", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, 1916, t. 12) y contra aquellos que la calificaron de superflua, José Manuel Estrada, en su *Curso de Derecho Constitucional*, enseñaba sobre el origen del artículo 29 de la Constitución y las razones de su incorporación al texto constitucional "[…] nunca son excesivas las precauciones de las sociedades en resguardo de sus derechos […] Mirémoslo con respeto, está escrito con la sangre de nuestros hermanos".

Ahora bien, sobre la base de estos antecedentes, pienso que basta comparar las circunstancias históricas que acabo de reseñar con las que tuvieron lugar durante el último gobierno de facto para concluir que durante los años 1976 a 1983 se vivió en nuestro país la situación de concentración de poder y avasallamiento de los derechos fundamentales condenada enfáticamente por el artículo 29 de la Constitución Nacional (cfr., asimismo, fallos: 309: 1689 y debate parlamentario de la sanción de la Ley 23.040, por la cual se derogó la Ley de facto 22.924).

Desde antiguo, sin embargo, esta Procuración y la Corte han interpretado que el contenido del anatema de esa cláusula constitucional no se agota en la prohibición y condena de esa situación, sino que, por el contrario, la cláusula, conforme a su sentido histórico-político, implica asimismo un límite infranqueable a la facultad legislativa de amnistiar.

Es que, como fuera expresado por Sebastián Soler en el dictamen que se registra en fallos: 234:16, una amnistía importa en cierta medida la derogación de un precepto, lo cual sería inadmisible constitucionalmente en este caso, puesto que ha sido el constituyente quien ha impuesto categóricamente la prohibición, de modo que sólo él podría desincriminar los actos alcanzados por el artículo 29 de la Constitución Nacional. Esta ha sido la interpretación que el Ministerio Público Fiscal sostuvo en el dictamen de fallos: 234:16, en el que dejó sentado el error de:

> […] asignar al Poder Legislativo, o al que ejerza las funciones propias de éste, la atribución de amnistiar un hecho que, por la circunstancia de estar expresamente prohibido por la Constitución Nacional, se halla, a todos sus efectos, fuera del alcance de la potestad legislativa […] Aceptar en semejantes condiciones que los sujetos de tal exigencia tienen la facultad de enervarla mediante leyes de amnistía, significa tanto como admitir el absurdo de que es la Constitución misma la que pone en manos de éstos el medio de burlarla, o bien dar por sentada la incongruencia de que la imperatividad de la norma, expresada en términos condenatorios de singular rigor, no depende sino de la libre voluntad de quienes son precisamente sus destinatarios exclusivos. Se trata en la especie de un delito que sólo puede cometerse en el desempeño de un poder político, que afecta la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, y que deriva de una disposición constitucional […] En resumen, el verdadero sentido del artículo 20 es el de consagrar una limitación a las atribuciones de los poderes políticos, y el de considerar el exceso a los límites impuestos como una grave trasgresión a cuyos autores estigmatiza con infamia. Y si la Constitución se ha reservado exclusivamente para sí ese derecho, quienes quisieran de algún modo interferirlo a través de la sanción de una ley de amnistía, se harían pasibles, en cierta medida, de la misma trasgresión que quieren amnistiar.

En sentido concordante con esa posición V.E. resolvió en fallos 234:16 y 247:387 –en este último respecto de quien era imputado de haber ejercido facultades extraordinarias–, que: "el artículo 29 de

la Constitución Nacional –que categóricamente contempla la traición a la patria– representa un límite infranqueable que el Congreso no puede desconocer o sortear mediante el ejercicio de la facultad de conceder amnistías[…]".

Una correcta interpretación del artículo 29, por consiguiente, permite colegir que existe un límite constitucional al dictado de una amnistía o cualquier otra clase de perdón no sólo para el Poder Legislativo que otorgara facultades prohibidas por la Constitución Nacional, sino también para aquellos que hubieran ejercido esas facultades.

En mi opinión, sin embargo, tampoco aquí se agotan las implicancias que derivan del texto constitucional atendiendo a su significado histórico-político. Por el contrario, pienso que un desarrollo consecuente del mismo criterio interpretativo que ha permitido extraer los corolarios anteriores debe llevar a la conclusión de que tampoco los delitos cometidos en el ejercicio de la suma del poder público, por los cuales la vida, el honor y la fortuna de los argentinos quedaran a merced de persona o gobierno alguno, son susceptibles de ser amnistiados o perdonados. En efecto, sería un contrasentido afirmar que no podrían amnistiarse la concesión y el ejercicio de ese poder, pero que sí podrían serlo los delitos por los que la vida, el honor y la fortuna de los argentinos fueron puestos a merced de quienes detentaron la suma del poder público. Ello tanto más cuanto que los claros antecedentes históricos de la cláusula constitucional demuestran que el centro de gravedad del anatema que contiene, y que es, en definitiva, el fundamento de la prohibición de amnistiar, es decir, aquello que en última instancia el constituyente ha querido desterrar, no es el ejercicio de facultades extraordinarias o de la suma del poder público en sí mismo, sino el avasallamiento de las libertades civiles y las violaciones de los derechos fundamentales que suelen ser la consecuencia del ejercicio ilimitado del poder estatal, tal como lo enseña –y enseñaba ya por entonces– una experiencia política universal y local. Empero, estos ilícitos rara vez son cometidos de propia mano por quienes detentan de forma inmediata la máxima autoridad, pero sí por personas que,

prevaliéndose del poder público o con su aquiescencia, se erigen en la práctica en señores de la vida y la muerte de sus conciudadanos.

En definitiva, se está frente a la relevante cuestión de si no es materialmente equivalente amnistiar la concesión y el ejercicio de la suma del poder público que amnistiar aquellos delitos, cometidos en el marco de ese ejercicio ilimitado, cuyos efectos hubieran sido aquellos que el constituyente ha querido evitar para los argentinos. En cierta medida, conceder impunidad a quienes cometieron delitos que sólo pueden ser explicados en el contexto de un ejercicio ilimitado del poder público representa la convalidación del ejercicio de esas facultades extraordinarias en forma retroactiva. Por ello, si por imperio del artículo 29 de la Constitución Nacional la concesión de la suma del poder público y su ejercicio se hallan prohibidos, y no son amnistiables, los delitos concretos en los que se manifiesta el ejercicio de ese poder tampoco pueden serlo.

Con el objeto de evitar confusiones, sin embargo, debe quedar bien en claro que con esta interpretación no pretendo poner en debate los límites del tipo penal constitucional que el artículo 29 contiene con relación a los legisladores que concedieren la suma del poder público; es decir, que en modo alguno se trata de extender analógicamente los alcances de ese tipo a otras personas y conductas, en contradicción con el principio de legalidad material (artículo 18 de la ley fundamental). Antes bien, lo que he precisado aquí es el alcance de las facultades constitucionales de un órgano estatal para eximir de pena los graves hechos delictivos que ha querido prevenir en su artículo 29 de la Constitución Nacional. Por ello, no es posible objetar los razonamientos de índole analógico que, con base en el sentido histórico político de esa cláusula constitucional, he efectuado para precisar las conductas que, a mi modo de ver, quedan fuera de la potestad de amnistiar o perdonar.

Por consiguiente, toda vez que, como lo expresé en el acápite precedente, no cabe entender los hechos del caso, sino como una manifestación más del ejercicio arbitrario de poder por el que el último gobierno de facto puso los derechos más fundamentales de los ciudadanos a su merced y de las personas que en su nombre

actuaban, he de concluir que las leyes 23.492 y 23.521 son inconstitucionales en tanto por intermedio de ellas se pretende conceder impunidad a quien es imputado como uno de sus responsables.

VIII

En el acápite anterior he expuesto las razones por las que considero que para la época de su sanción los argumentos que se derivan del artículo 29 ya eran suficientes para concluir en la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final.

Si a pesar de todo se entendiera, como ocurrió en el fallo "Camps" (fallos: 310:1162), que ello no es así, nuevos argumentos, producto de la evolución del pensamiento universal en materia de derechos humanos, han venido a corroborar la doctrina que permite extraer una sana interpretación del sentido histórico-político del artículo 29 de la Constitución, y obligan a replantear la solución a la que se arribó en el caso "Camps" mencionado.

En concreto, en lo que sigue expondré las razones por las que considero que las leyes cuestionadas resultan, en el presente caso, incompatibles con el deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos que surge de los artículos 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; normas éstas que integran el derecho interno nacional con jerarquía constitucional.

A

El control judicial de constitucionalidad implica la revisión de decisiones que los representantes de la ciudadanía han tomado en virtud de su mandato constitucional y, en este sentido, es preciso reconocer su carácter, de algún modo, contra-mayoritario. En atención a ello es que la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso debe estar guiada por parámetros sumamente estrictos, debe tener el carácter de última ratio y fundarse en la imposibi-

lidad de compatibilizar la decisión mayoritaria con los derechos reconocidos por el texto fundamental.

Sin embargo, el test de constitucionalidad de una norma debe tener correspondencia, también, con el momento histórico en el que ese análisis es realizado. Son ilustrativas las discusiones de teoría constitucional sobre el paso del tiempo y la interpretación de los textos constitucionales escritos. Así, es doctrina pacífica la necesidad de realizar una interpretación dinámica de la Constitución, de acuerdo con la evolución de los valores de la sociedad y la atención que requieren aquellos momentos históricos en los que se operan cambios sustanciales de los paradigmas valorativos y, por consiguiente, interpretativos.

En tal sentido, no puede desconocerse que la evolución del derecho internacional, producto de la conciencia del mundo civilizado de la necesidad de trabajar con nuevas herramientas que sean capaces de impedir que el horror y la tragedia envuelvan cotidianamente a la humanidad, ha puesto en evidencia nuevos desafíos para los Estados nacionales. Como consecuencia se ha producido una evolución y consolidación de todo un corpus normativo que se ha materializado en una nueva rama del derecho internacional público, como lo es el derecho internacional de los derechos humanos.

A mi entender, nuestro país ha vivido, en consonancia con esta evolución mundial, un cambio sustancial en la concepción de su ordenamiento jurídico, en virtud de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que comenzó por plasmarse en la jurisprudencia del más alto Tribunal y que ha tenido su máxima expresión en la reforma constitucional de 1994. En efecto, es importante destacar que no sólo se ha operado en nuestro país un cambio de paradigma interpretativo de la Constitución, esto es un nuevo momento constitucional (cfr. Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991), sino que además, si alguna duda pudiera caber al respecto, dicha evolución ha hallado reconocimiento expreso en la reforma del texto escrito de la Constitución Nacional.

Es a la luz de este nuevo paradigma valorativo que se impone, en mi opinión, una revisión de los argumentos que sobre esta misma materia efectuó V.E. en el precedente de fallos: 310:1162 ya citado.

B

Antes de proseguir, y para dar contexto a este análisis, creo necesario hacer una referencia obligada a la cuestión de la aplicación en el ámbito interno de las normas del derecho internacional por las que se ha obligado la República Argentina.

Es sabido que el derecho internacional remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas del derecho internacional en el derecho interno. Así, las normas de un Estado podrían disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales –en la medida en que fueran operativas– en el ámbito interno, o podrían exigir que cada norma internacional tuviera que ser receptada por una norma interna que la incorpore. Por otra parte, y de acuerdo con las reglas del derecho internacional público, también corresponde al orden jurídico interno resolver las relaciones de jerarquía normativa entre las normas internacionales y las normas internas (fallos: 257:99).

De antiguo se ha entendido que nuestra Constitución ha optado por la directa aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno. Ello significa que las normas internacionales vigentes con relación al Estado argentino no precisan ser incorporadas al derecho interno a través de la sanción de una ley que las recepte, sino que ellas mismas son fuente autónoma de derecho interno junto con la Constitución y las leyes de la Nación.

Esta interpretación tiene base en lo establecido en el artículo 31 del texto constitucional, que enumera expresamente a los tratados con potencias extranjeras como fuente autónoma del derecho positivo interno y, en lo que atañe a la costumbre internacional y los principios generales de derecho, en lo dispuesto por el artículo 118, que dispone la directa aplicación del derecho de gentes como fundamento de las sentencias de la Corte (fallos: 17:163; 19:108; 43:321; 176: 218; 202:353; 211:162; 257:99; 316:567; 318:2148, entre otros).

Por consiguiente, las normas del derecho internacional vigentes para la República Argentina –y con ello me refiero no sólo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales de derecho– revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución (cfr. artículo 31, fallos: 257:99 y demás citados).

En este punto, sin embargo, corresponde efectuar una reseña de la evolución que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al orden de prelación de las normas que lo integran. Al respecto, lo que queda claro –y en ningún momento se ha visto alterado– es la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de derecho internacional vigentes para el Estado argentino (cfr. artículos 27 y 31 del texto constitucional y fallos: 208:84; 211:162).

En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del derecho internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra constitución ha transitado varias etapas. Así, luego de una primera etapa en la cual se entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales (fallos: 35:207), sobrevino un extenso período en el cual se consideró que éstas se hallaban en un mismo plano jerárquico, por lo que debían regir entre ellas los principios de ley posterior y de ley especial (fallos: 257:99 y 271:7). A partir del precedente que se registra en fallos: 315:1492 se retornó a la doctrina fallos: 35:207 y, con ello, a la interpretación del artículo 31 del texto constitucional según la cual los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y cualquier otra norma interna de jerarquía inferior a la Constitución Nacional. Esta línea interpretativa se consolidó durante la primera mitad de los años noventa (fallos: 316:1669 y 317:3176) y fue un importante antecedente para la reforma constitucional de 1994 que dejó sentada expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales y confirió rango constitucional a los pactos en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de la Constitución).

Con posterioridad a la reforma constitucional la Corte Suprema sostuvo que el artículo 75, inciso 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del artículo 31 de la Constitución Nacional en su redacción originaria (fallos: 317:1282 y, posteriormente, 318:2645; 319:1464 y 321:1030).

C

Llegados a este punto, corresponde adentrarse en la cuestión referida a la compatibilidad de las leyes en análisis con normas internacionales que, como acabo de reseñar, son a la vez normas internas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional. Como lo he expuesto, me refiero a aquellas normas que imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad (artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En concreto, si las leyes 23.492 y 23.521 contuvieran disposiciones contrarias a esos tratados internacionales, o hicieren imposible el cumplimiento de las obligaciones en ellos asumidas, su sanción y aplicación comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas y sería constitucionalmente inválida (artículo 31 de la Constitución Nacional).

Creo, sin embargo, conveniente destacar que no se trata de examinar la compatibilidad de actos del último gobierno de facto con el deber de no violar los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino de confrontar la validez de actos del gobierno de *iure* que asumió el poder en 1983, y que consistieron en la sanción de las leyes 23.492 y 23.521, durante el año 1987, con la obligación de investigar seriamente y castigar las violaciones de esos derechos, que se desprende de los mencionados instrumentos internacionales.

Y, en tal sentido, cabe recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos había sido ratificada por el Estado argen-

tino en 1984 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1986, es decir, con anterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas, y, por otra parte, que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –vigente al momento en que los crímenes ocurrieron– obligaba ya al Estado argentino a investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos, puesto que ella misma es fuente de obligaciones internacionales, y así lo ha establecido la Corte Interamericana en sus decisiones (cfr., en cuanto al pleno valor vinculante de la Declaración Americana, CIDH, OC-10/89, del 4/7/89). *Por ello, queda descartada cualquier objeción referente a la aplicación retroactiva de los instrumentos mencionados* (cfr. Informe de la Comisión No. 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, párr. 50).

Es, en efecto, un principio entendido por la doctrina y jurisprudencia internacionales que las obligaciones que derivan de los tratados multilaterales sobre derechos humanos para los Estados Partes no se agotan en el deber de no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (deber de respeto), sino que comprenden también la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). En el ámbito regional, ambas obligaciones se hallan establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como es sabido, el contenido de la denominada obligación de garantía fue precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el primer caso que inauguró su competencia contenciosa (caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4). En ese *leading case* la Corte expresó que:

> La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como conse-

> cuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

(Cfr. caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 166. Esta jurisprudencia ha sido reafirmada en los casos Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 175, y El Amparo, Reparaciones, sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C, No. 28, párr. 61, entre otros).

Recientemente, sin embargo, en el caso "Barrios Altos", la Corte Interamericana precisó aún más las implicancias de esta obligación de garantía en relación con la vigencia de los derechos considerados inderogables, y cuya afectación constituye una grave violación de los derechos humanos cuando no la comisión de un delito contra la humanidad. En ese precedente quedó establecido que el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos humanos implicaba la prohibición de dictar cualquier legislación que tuviera por efecto conceder impunidad a los responsables de hechos de la gravedad señalada. Y si bien es cierto que la Corte se pronunció en el caso concreto sobre la validez de una autoamnistía, también lo es que, al haber analizado dicha legislación por sus efectos y no por su origen, de su doctrina se desprende, en forma implícita, que la prohibición rige tanto para el caso de que su fuente fuera el propio gobierno que cometió las violaciones o el gobierno democrático restablecido. (Cfr. caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001 e Interpretación de la sentencia de fondo, art. 67 de la CADH, del 3 de septiembre de 2001). En sus propias palabras:

> Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos

> tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos (párr. 41).
>
> […] a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones de derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (párr. 43).
>
> Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables [...] (párr. 44).

Por lo demás, en sentido coincidente, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidió en diferentes oportunidades sobre el deber de los Estados Parte de la Convención de investigar y, en su caso, sancionar las graves violaciones de los derechos humanos. En su informe No. 28/92 (casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina) sostuvo que las leyes

de Obediencia Debida y Punto Final son incompatibles con el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, recomendó al gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar" (cfr., en igual sentido, Informe No. 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992, párr. 35, 40, 45 y 46; y caso Carmelo Soria Espinoza c. Chile, caso 11.725, informe No. 133/99).

Al respecto, es importante destacar que también la Comisión consideró que la leyes de punto final y de obediencia debida eran violatorias de los derechos a la protección judicial y a un proceso justo en la medida en que su consecuencia fue la paralización de la investigación judicial (artículo 25 de la Convención Americana y XVIII de la Declaración Americana). Así lo expresó en el ya mencionado Informe 28/92:

> En el presente informe uno de los hechos denunciados consiste en el efecto jurídico de la sanción de las Leyes […] en tanto en cuanto privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos. En consecuencia, se denuncia como incompatible con la Convención la violación de las garantías judiciales (artículo 8) y del derecho de protección judicial (artículo 25), en relación con la obligación para los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (artículo 1.1 de la Convención) (párr. 50).

De lo expuesto se desprende sin mayor esfuerzo que los artículos 1° de la Ley 23.492 y 1°, 3° y 4° de la Ley 23.521 son violatorios de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana, en tanto concedan impunidad a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, como lo es la desaparición forzada de persona materia de la presente causa.

Creo, sin embargo, necesario destacar, en relación con el contenido del deber de investigar y sancionar, un aspecto que estimo de suma trascendencia al momento de evaluar la constitucionalidad de leyes de impunidad como la de punto final y obediencia debida. Me refiero a que el contenido de esta obligación en modo alguno se opone a un razonable ejercicio de los poderes estatales para disponer la extinción de la acción o de la pena, acorde con las necesidades políticas del momento histórico, en especial, cuando median circunstancias extraordinarias.

En este sentido, la propia Corte Interamericana, por intermedio del voto de uno de sus magistrados, ha reconocido que, en ciertas circunstancias, bien podría resultar conveniente el dictado de una amnistía para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida en el marco de "un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda […]". Sin embargo, como a renglón seguido también lo expresa esa Corte, "esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones de los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad" (cfr. caso Barrios Altos, voto concurrente del Juez García Ramírez, párrs. 10 y 11).

Con idéntica lógica los propios pactos internacionales de derechos humanos permiten a los Estados Parte limitar o suspender la vigencia de los derechos en ellos proclamados en casos de emergencia y excepción, relacionados en general con graves conflictos internos o internacionales, no obstante lo cual expresamente dejan a salvo de esa potestad un conjunto de derechos básicos que no pueden ser afectados por el Estado en ningún caso. Así, por ejemplo, el artículo X de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ha receptado este principio al establecer que: "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o

cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas".

También el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura que expresa: "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura" (en el mismo sentido el artículo 5º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

De acuerdo con este principio, por lo tanto, un Estado podría invocar situaciones de emergencia para no cumplir, excepcionalmente, con algunas obligaciones convencionales, pero no podría hacerlo válidamente respecto de ese conjunto de derechos que son considerados inderogables. Y con la misma lógica que se postula para la exégesis del artículo 29 de la Constitución Nacional, se ha sostenido que la violación efectiva de alguno de esos derechos ha de tener como consecuencia la inexorabilidad de su persecución y sanción, pues su inderogabilidad se vería seriamente afectada si existiera el margen para no sancionar a aquellos que hubieran violado la prohibición absoluta de no afectarlos.

Pienso que este fundamento, vinculado con la necesidad de asegurar la vigencia absoluta de los derechos más elementales considerados inderogables por el derecho internacional de los derechos humanos, ha quedado explicado, asimismo, con toda claridad en el voto concurrente de uno de los jueces en el fallo "Barrios Altos". Allí se dice que:

> En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del derecho penal internacional, de que es inadmisible la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y la sanción de sus autores –así como de otros participantes– constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a tra-

> vés de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieren llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales. Es así que debe proveerse a la segura y eficaz sanción nacional e internacional de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del derecho humanitario (voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 13).

Estas consideraciones ponen, a mi juicio, de manifiesto que la obligación de investigar y sancionar que nuestro país –con base en el derecho internacional– asumió como parte de su bloque de constitucionalidad en relación con graves violaciones de los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, no ha hecho más que reafirmar una limitación material a la facultad de amnistiar y, en general, de dictar actos por los que se conceda impunidad, que ya surgía de una correcta interpretación del artículo 29 de la Constitución Nacional.

En efecto, no se trata de negar la facultad constitucional del Congreso de dictar amnistías y leyes de extinción de la acción y de la pena, sino de reconocer que esa atribución no es absoluta y que su contenido, además de las limitaciones propias de la interacción recíproca de los poderes constituidos, halla límites materiales en el artículo 29 de la Constitución y el 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta norma y las relativas a la facultad de legislar y amnistiar –todas de jerarquía constitucional– no se contraponen entonces; antes bien se complementan.

D

Llegado a este punto, creo oportuno recordar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia de V.E., la interpretación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los órganos de aplicación en el ámbito internacional resulta obligatoria para los tribunales locales. En tal sentido, en el precedente

de fallos: 315: 1492, ya citado, V.E. afirmó que la interpretación del alcance de los deberes del Estado que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia producida por los órganos encargados de controlar el cumplimiento de las disposiciones de dicho instrumento internacional. Asimismo, en el precedente "Giroldi" (fallos: 318:514) sostuvo que los derechos y obligaciones que surgían de los Pactos de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, a partir de la última reforma constitucional, determinan el contenido de toda la legislación interna de rango inferior, y agregó que, tal como lo establecía la Constitución, su interpretación debía realizarse de acuerdo con las "condiciones de su vigencia", es decir, conforme al alcance y contenido que los órganos de aplicación internacionales dieran a esa normativa.

También considero necesario destacar que el deber de no impedir la investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos, como toda obligación emanada de tratados internacionales y de otras fuentes del derecho internacional, no sólo recae sobre el Legislativo, sino sobre todos los poderes del Estado y obliga, por consiguiente, también al Ministerio Público y al Poder Judicial a no convalidar actos de otros poderes que lo infrinjan.

En este sentido, ya se ha expresado esta Procuración en varias oportunidades (cfr. dictámenes de esta Procuración en fallos: 323:2035 y S.C. V.34.XXXVI, Videla, Jorge R. s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada, del 14 de noviembre de 2000), como así también V.E. en reiterada jurisprudencia (cfr. fallos: 321:3555 y sus citas, especialmente el voto concurrente de los doctores Boggiano y Bossert), y ha sido también señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-14/94 sobre la responsabilidad internacional que genera la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado y en el precedente "Barrios Altos" ya citado (especialmente punto 9 del voto concurrente del juez A. A. Cancado Trindade), concretamente en relación al deber en examen.

E

Por consiguiente, sobre la base de todo lo anteriormente expuesto, ha de concluirse que las leyes de obediencia debida y de punto final, en la medida en que cercenan la potestad estatal para investigar y sancionar las desapariciones forzadas de autos, se hallan en contradicción con los artículos 8 y 25, en concordancia con los artículos 1.1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 14.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículos XVIII de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, y son, por consiguiente, inconstitucionales a la luz de lo dispuesto por los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

He comenzado este análisis con una breve mención a la evolución del pensamiento mundial en torno a la necesidad de diseñar nuevas estrategias capaces de prevenir que la humanidad vuelva a presenciar o ser víctima del "horror" y que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha generado nuevos desafíos a los Estados nacionales. A mi entender, y como ha sido puesto de resalto por Bobbio, el mayor de ellos radica en lograr la efectiva protección de los derechos en el ámbito interno, y que cada institución nacional asuma su compromiso de velar por la vigencia absoluta de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, cap. IV). En otras palabras, resulta imperioso no descansar en la existencia de los sistemas de protección internacionales, asumir su carácter subsidiario y "tomarnos los derechos humanos en serio" desde la actuación de cada poder estatal. En su aplicación efectiva, precisamente, es donde reside el mayor desafío de los órganos de administración de justicia, como garantes últimos de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

IX

En los acápites precedentes ha quedado establecido que las leyes de punto final y de obediencia debida han de ser consideradas in-

constitucionales en tanto y en cuanto impidan el juzgamiento y eventual castigo de los hechos calificados como desaparición forzada de personas que son investigados en autos.

La cuestión que resta ahora por abordar es si los hechos del caso, que han perdido la cobertura de esas leyes, pueden ser aún perseguidos penalmente o si, por el contrario, la acción penal para ello está prescripta por el transcurso del tiempo. Y desde ya adelanto mi opinión en el sentido de que los delitos atribuidos no se encuentran prescriptos de acuerdo con el Código Penal, ni tampoco a la luz de las normas del derecho internacional de los derechos humanos que también integran nuestro derecho positivo interno.

A

Desde el punto de vista del derecho interno debemos analizar la condición de delito permanente de la privación ilegal de la libertad y el dies a quo de la prescripción. Esto nos permite establecer, por un lado, que aun cuando se dejaran de lado, por vía de hipótesis, las normas del derecho internacional, la solución del caso no variaría en estos aspectos, y por el otro, que ambos ordenamientos, amén de compartir su validez constitucional, se adecuan intrínsecamente.

Si partimos de la circunstancia, al parecer indiscutible, de que aún no se ha establecido el paradero del matrimonio, debemos presumir que aún se mantiene su privación ilegal de la libertad, y por lo tanto que este delito, y de ahí su caracterización de permanente, se continúa ejecutando. V. E. ya ha dicho que en estos casos puede sostenerse que el delito "tuvo ejecución continuada en el tiempo" y que "esta noción de delito permanente [...] fue utilizada desde antiguo por el Tribunal: fallos: 260:28 y, más recientemente, en fallos: 306:655, considerando 14 del voto concurrente del juez Petracchi y en fallos: 309:1689, considerando 31 del coto del juez Caballero; considerando 29, voto del juez Belluscio; considerando 21 de la disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué, coincidente en el punto que se cita" (caso "Daniel Tarnopolsky v. Nación Argentina y otros", publicado en fallos: 322:1888, considerando 10° del voto de la mayoría).

Sobre este aspecto, y a mayor abundamiento, me permitiré transcribir, en lo que sea pertinente para este delito, lo que sostuve en el dictamen producido en los autos "Videla, Jorge Rafael s/incidente de apelación y nulidad de la prisión preventiva" (S.C.V. 2, L.XXXVI).

Como lo afirma el autor alemán H. H. Jescheck (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*): "Los delitos permanentes y los delitos de estado son delitos de resultado cuya efectividad se prolonga un cierto tiempo. En los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente" (p. 237).

De tal forma, el delito permanente o continuo supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas "está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo" (G. Maggiore, *Derecho penal*. Traducido por Ortega Torres, Bogotá, 1956, t.1, p. 295).

Privada de libertad la víctima del secuestro, el delito es perfecto; este carácter no se altera por la circunstancia de que dicha privación dure un día o un año. Desde la inicial verificación del resultado hasta la cesación de la permanencia, el delito continúa consumándose [...] En tanto dure la permanencia, todos los que participen del delito serán considerados coautores o cómplices, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación (Wesley de Benedetti, "Delito permanente. Concepto", *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1979, t. VI, p. 319).

Ahora bien, en lo que respecta a los autores nacionales clásicos, Sebastián Soler dice que "la especial característica de este bien jurídico tutelado hace forzoso que este hecho asuma los caracteres de delito permanente. En realidad, el hecho comienza en un momento

determinado; pero los momentos posteriores son siempre imputables al mismo título del momento inicial, hasta que cesa la situación creada" (Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Ed. "Tea", 1996, tomo IV, p. 37). Y Ricardo Núñez, por su parte, habla de "la permanencia de la privación de la libertad" y, consecuentemente, lo define como un delito "eventualmente permanente". En la nota al pie de página, agrega que "el artículo 141 describe un delito de carácter permanente que se consuma en el instante en que efectivamente se ha suprimido la libertad de movimiento en el sujeto pasivo" (Ricardo Núñez, *Tratado de derecho penal*, Marcos Lerner Editora, 1989, t. 4, p. 36).

En conclusión, el delito básico que se imputa a Simón es de carácter permanente –como lo dice la doctrina nacional y extranjera y lo sostiene la jurisprudencia del Tribunal– y, por consiguiente, aún hoy se continuaría cometiendo, toda vez que hasta el momento se ignora el paradero de los secuestrados, situación que es una consecuencia directa –y asaz previsible– del accionar típico del autor y por la que debe responder en toda su magnitud.

Se podría objetar que ya no hay una prolongación del estado consumativo de la privación de la libertad, puesto que las víctimas podrían estar muertas o, lo que resulta impensable, en libertad. Pero esto no sería más que una mera hipótesis, pues no se aporta la menor prueba en tal sentido, y, como se dijo más arriba, la más notoria derivación de este hecho –la desaparición de las víctimas– tiene su razón de ser en el particular accionar del autor, una circunstancia querida por éste, por lo que no parece injusto imputar tal efecto en todas sus consecuencias. De lo contrario, una condición extremadamente gravosa –como es la supresión de todo dato de las víctimas– y puesta por el mismo imputado, sería usada prematuramente en su favor, lo cual es una contradicción en sus términos.

Y como resultado de todo este razonamiento, obtenemos que no resulta posible considerar la prescripción de la acción penal mientras no se conozca verosímilmente la fecha en que el delito habría cesado de cometerse (artículo 63 del Código Penal) por lo que también en este aspecto la cuestión resulta abstracta.

B

1.

El recurrente ha objetado que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas, y así también aplicar al caso normas internacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad que no habrían estado vigentes para el Estado argentino al momento del hecho.

Por lo tanto, la primera cuestión a resolver consiste en establecer si para la época de los hechos investigados el delito de desaparición forzada de personas se hallaba tipificado en nuestra legislación interna, y, asimismo, si para ese entonces existía ya una norma vinculante para el Estado argentino que atribuyera la condición de crimen de lesa humanidad a ese delito.

Creo oportuno recordar que por desaparición forzada de personas se entiende en el derecho penal internacional la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Tal es la formulación adoptada por el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –incorporada a la Constitución por Ley 24.556–, que no hizo más que receptar en esa medida la noción que con anterioridad era ya de comprensión general en el derecho internacional de los derechos humanos (cfr., asimismo, en igual sentido, la caracterización que contiene el artículo 7 inciso i) del Estatuto de Roma).

Una vez establecido así el alcance de la figura, se desprende, a mi entender, que el delito de desaparición forzada de personas ya se encuentra –y se encontraba– tipificado en distintos artículos de nuestra legislación penal interna. No cabe duda que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generali-

dad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados "desaparición forzada de personas". Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto, como lo es el de privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra prevista en nuestra legislación interna como un caso específico del delito –más genérico– de los artículos 141 y, particularmente, 142 y 144 bis y ter del Código Penal, que se le enrostra al imputado.

Debe quedar claro que no se trata entonces de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional –que no prevé sanción alguna– con la pena prevista para otro delito de la legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente en la que se hallan parcialmente ambas formulaciones delictivas, y el carácter de lesa humanidad que adquiere la privación ilegítima de la libertad –en sus diversos modos de comisión– cuando es realizada en condiciones tales que constituye, además, una desaparición forzada.

En cuanto a la vigencia temporal de la condición de lesa humanidad de la figura de mención, es mi opinión que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que, ya para la época de los hechos imputados, el derecho internacional de los derechos humanos condenaba la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad.

Es que la expresión "desaparición forzada de personas" no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional, una vez finalizada la segunda guerra mundial (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados

Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948).

En esa inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus primeras decisiones sobre denuncias de desaparición forzada de personas, expresó que, si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad". También señaló que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar" (Cfr. casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, ya citados, y más recientemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, No. 36; cfr., asimismo, el Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Cabe poner de resalto que ya en la década de los años setenta y comienzos de los ochenta, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y su Comisión de Derechos Humanos se habían ocupado de la cuestión de las desapariciones y promovido su investigación (Cfr. Resolución 443 [IX-0/79] del 31 de octubre de 1979; Resolución 510 [X-0/80] del 27 de noviembre de 1980; Resolución 618 [XII-0/82] del 20 de noviembre de 1982; Resolución 666 [XIII-0/83] del 18 de noviembre de 1983 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Asimismo, Informe Anual 1978, pp. 22-24 e Informe Anual 1980-1981, pp. 113-114 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y caso Velásquez Rodríguez, precedentemente citado, párr. 152).

En igual sentido, también la Asamblea General de las Naciones Unidas ha dejado plasmado en el Preámbulo de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el recuerdo de que ya en

> [...] su Resolución 33/173, del 20 de diciembre de 1978 [...] se declaró profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzada o involuntaria de personas [...] y pidió a los gobiernos que garantizaran que las autoridades u organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley y encargadas de la seguridad tuvieran responsabilidad jurídica por los excesos que condujeran a desapariciones forzadas o involuntarias.

Asimismo, debe recordarse que fue precisamente en el marco de esas denuncias que la Comisión Interamericana elaboró aquél famoso "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina", aprobado el 11 de abril de 1980, donde describió el contexto institucional durante el período del último gobierno militar, haciendo expresa mención al fenómeno de los desaparecidos y a la comprobación de graves y numerosas violaciones de derechos fundamentales reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Y fue a raíz de estos antecedentes que la comunidad internacional resolvió establecer una instancia internacional frente al problema de las desapariciones y creó en el año 1980, en el ámbito de [las] Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

Ciertamente, la enumeración podría continuar; sin embargo, para finalizar sólo habré de destacar, una vez más, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ya mencionada, que en su artículo 1.1 manifiesta que "todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana y es condenada como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos" y constituye, asimismo, "una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

En el contexto de estos antecedentes, la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forza-

da de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya lo adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal; en otras palabras, una manifestación más del proceso de codificación del derecho internacional no contractual existente.

En conclusión, ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales) que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad. Estas normas, puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*).

A la vez, ello significa que aquellas normas penales internas, en cuyas descripciones típicas pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional –la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica– en virtud de una normativa internacional que las complementó.

2.

En los acápites precedentes ha quedado establecido que las leyes de punto final y de obediencia debida han de ser consideradas inconstitucionales en tanto y en cuanto impidan el juzgamiento y eventual castigo de los hechos calificados como desaparición forzada de personas que son investigados en autos. La cuestión que resta ahora por abordar es si los hechos del caso, que han perdido la cobertura de esas leyes, pueden ser aún perseguidos penalmente o si, por el contrario, la acción penal para ello ha prescripto por el transcurso del tiempo, siempre teniendo en cuenta el derecho internacional, pues en el orden jurídico interno ya dimos respuesta a este punto.

Comprendido que, ya para la época en que fueron ejecutados, la desaparición forzada de personas investigada era considerada un crimen contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos, vinculante para el Estado argentino, de ello se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, tal como fuera expresado ya por esta Procuración General y la mayoría de la Corte en el precedente publicado en fallos: 318:2148.

En efecto, son numerosos los instrumentos internacionales que, desde el comienzo mismo de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, ponen de manifiesto el interés de la comunidad de las naciones porque los crímenes de guerra y contra la humanidad fueran debidamente juzgados y sancionados. Es, precisamente, la consolidación de esta convicción lo que conduce, a lo largo de las décadas siguientes, a la recepción convencional de este principio en numerosos instrumentos, como una consecuencia indisolublemente asociada a la noción de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sean mencionados, entre ellos, la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, aprobada por Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU, del 26 de noviembre de 1968 (Ley 24.584); los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de la ONU, del 3 de diciembre de 1973; la Convención Europea de Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, firmada el 25 de enero de 1974 en el Consejo de Europa; el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Ley 25.390).

Es sobre la base de estas expresiones y prácticas concordantes de las naciones que tanto esta Procuración como V.E. han afirmado que la imprescriptibilidad era, ya con anterioridad a la década de 1970, reconocida por la comunidad internacional como un atributo de los crímenes contra la humanidad en virtud de principios del derecho

internacional de carácter imperativo, vinculantes, por tanto también para el Estado argentino. En tal sentido, ello lo ha expresado con claridad V.E. al pronunciarse en relación con un hecho ocurrido durante el último conflicto bélico mundial, oportunidad en la cual enfatizó que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de los Estados sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional, y que en tales condiciones no hay prescripción para los delitos de esa laya (fallos: 318:2148 ya citado).

En el marco de esta evolución, una vez más, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –que en su artículo séptimo declara imprescriptible ese crimen de lesa humanidad–, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro país en virtud de normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo demás, sin perjuicio de la existencia de esas normas de *ius cogens*, cabe también mencionar que para la época en que tuvieron lugar los hechos el Estado argentino había contribuido ya a la formación de una costumbre internacional en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (cfr. fallos: 318:2148, voto del doctor Bossert, consid. 88 y siguientes).

Establecido entonces que el principio de imprescriptibilidad tiene, con relación a los hechos de autos, sustento en la *lex praevia*, sólo queda por analizar si, de todos modos, se vulneraría el principio de legalidad por no satisfacer esa normativa las exigencias de *lex certa y lex scripta*.

En primer lugar, estimo que no puede controvertirse que aquello en lo que consiste una desaparición forzada de personas no estuviera suficientemente precisado a los ojos de cualquier individuo por la normativa originada en la actividad de las naciones, su práctica concordante y el conjunto de decisiones de los organismos de aplicación internacionales; máxime cuando, como ya fue expuesto, la figura en cuestión no es más que un caso específico de una privación ilegítima de la libertad, conducta ésta tipificada desde siempre en nuestra legislación penal.

Y en cuanto a su condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, no puede obviarse que el principio de legalidad material no proyecta sus consecuencias con la misma intensidad sobre todos los campos del Derecho Penal, sino que ésta es relativa a las particularidades del objeto que se ha de regular. En particular, en lo que atañe al mandato de certeza, es un principio entendido que la descripción y regulación de los elementos generales del delito no necesitan alcanzar el estándar de precisión que es condición de validez para la formulación de los tipos delictivos de la parte especial (cfr. Günther Jakobs, *Derecho Penal*, Madrid, 1995, pp. 89 y ss.; Claus Roxin, *Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 363 y ss.) Y, en tal sentido, no advierto ni en la calificación de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, ni en la postulación de que esos ilícitos son imprescriptibles, un grado de precisión menor que el que habitualmente es exigido para las reglas de la parte general; especialmente en lo que respecta a esta última característica que no hace más que expresar que no hay un límite temporal para la persecución penal.

Por lo demás, en cuanto a la exigencia de ley formal, creo que es evidente que el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional no puede ser trasladado al ámbito del derecho internacional, que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado, y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Ello, sin perjuicio de señalar que, en lo que atañe al requisito de norma jurídica escrita, éste se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el corpus del derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

En consecuencia, ha de concluirse que, ya en el momento de comisión de los hechos, había normas del derecho internacional general, vinculantes para el Estado argentino, que reputaban imprescriptibles crímenes de lesa humanidad, como la desaparición forzada de personas, y que ellas, en tanto normas integrantes del orden

jurídico nacional, importaron –en virtud de las relaciones de jerarquía entre las normas internaciones y las leyes de la Nación (artículo 31 de la Constitución)– una modificación del régimen legal de la prescripción de la acción penal, previsto en los artículo 59 y siguientes del Código Penal.

Por consiguiente, desde esta perspectiva, corresponde concluir que no se halla prescripta la acción penal para la persecución de la desaparición forzada de personas aquí investigada.

X

Quiero, finalmente, decir que entiendo aésta, mi opinión –además de indelegable– como una tarea fundamental. Velar por la legalidad implica necesariamente remediar los casos concretos de injusticia, tener en cuenta que en estos acontecimientos históricos siempre estuvieron presentes seres humanos que, como Antígona en su desesperación, claman resarcimiento conforme a la ley o conforme a los derechos implícitos que tutelan la vida, la seguridad y la integridad; y que la única solución civilizada a estos problemas ha querido llamarse derecho.

Precisamente es misión del derecho convencer a la humanidad [de] que las garantías de las que gozan los hombres –aquellas que los involucran por entero– deben ser tuteladas por todos.

En el estudio de estos antecedentes hemos regresado, tal vez sin quererlo, a lo básico: a las personas, a sus problemas vivenciales, a su descuidada humanidad y también a una certeza inveterada: si los Estados no son capaces de proporcionar a los hombres una tutela suficiente, la vida les dará a éstos más miedos que esperanzas.

La República Argentina atraviesa momentos de desolación y fatiga. Es como si un pueblo cansado buscara soluciones trágicas. Se ha deteriorado todo, la funcionalidad de las instituciones, la calidad de la vida, el valor de la moneda, la confianza pública, la fe civil, la línea de pobreza, el deseo de renovar la apuesta cívica.

Todas las mañanas parecería perderse un nuevo plebiscito ante el mismo cuerpo social que nos mira con ojo torvo, el temple enardecido, el corazón temeroso.

Un Estado que apenas puede proveer derecho, apenas seguridad, apenas garantías, poco tiene que predicar.

Y no queremos que la indolencia aqueje nuestra grave tarea porque entonces sí estaremos ante la peor tragedia nacional. Decía Simone de Beauvoir que lo más escandaloso del escándalo es que pase inadvertido. Nos duele la Argentina en todo el cuerpo, en un mundo que deseamos sea de carne y hueso y no un planeta de gobiernos, Estados y organismos. La sociedad se ha convertido en un encuentro violento de los hombres con el poder. La lucidez de la civilización democrática parece estar interrumpida. Hay muchas razones para sospechar que la sociedad argentina, enfrentada a una crisis pendular, adolece de irrealidad; sufre el infortunio de asimilar sus espejismos y alucinaciones. Es en momentos como éstos cuando hay que evitar los gestos irreparables puesto que ninguna señal que no sirva para hacer más decente la situación actual no debe ser ejecutada. De alguna forma hay que salvar el decoro de una sociedad que debe sobrevivir con dignidad y cuyos intereses la Constitución nos manda defender. La planificación política jamás debiera asfixiar a la prudencia jurídica porque el jurista y el juez son la voz del derecho que sirve a la justicia. De otro modo mereceremos vivir horas imposibles.

XI

Por todo lo expuesto, opino que V. E. puede abrir la presente queja declarando formalmente admisible el recurso extraordinario oportunamente planteado, pronunciarse en favor de la invalidez e inconstitucionalidad de los artículos 1° de la Ley 23.492 y 1°, 3° y 4° de la Ley 23.521, y confirmar la resolución de fs. 341/346 del principal, que confirmó el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón, por crímenes contra la humanidad consistentes en pri-

vación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenaza y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí.

Buenos Aires, 29 de agosto de 2002
Nicolás Eduardo Becerra

[…] C. Sentencia

Buenos Aires, 14 de junio de 2005

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. –causa No. 17.768–", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1. Que estas actuaciones se iniciaron con motivo de la querella formulada por Buscarita Imperi Roa, quien afirmó que el 28 de noviembre de 1978 las denominadas "fuerzas conjuntas" secuestraron a su hijo José Liborio Poblete Roa, a su nuera Gertrudis Marta Hlaczik y a su nieta Claudia Victoria Poblete; y que distintas denuncias recibidas en la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo señalaban que el militar retirado Ceferino Landa y su esposa Mercedes Beatriz Moreira, tenían en su poder a la menor anotada bajo el nombre de Mercedes Beatriz Landa.

Tras el correspondiente impulso fiscal en torno al hecho denunciado, se llevaron a cabo diversas medidas de prueba que, en efecto, determinaron que Claudia Victoria Poblete se encontraba con vida, que se hallaba inscripta con el nombre de Mercedes Beatriz Landa como hija de Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira y que este estado se constituyó poco tiempo después de que las fuerzas armadas la privaran de su libertad cuando contaba con ocho meses de edad.

A raíz de ello, el 25 de febrero de 2000, se decretó el procesamiento con prisión preventiva del militar retirado teniente coronel Ceferino Landa y de Mercedes Beatriz Moreira en orden a los delitos previstos por los arts. 139, inc. 2°, 146 y 293 del Código Penal y se declaró la nulidad de la inscripción del nacimiento de Mercedes Beatriz Landa como hija de los nombrados (fs. 532/543 del expediente principal).

2. Que en virtud de la prueba producida el agente fiscal amplió el requerimiento de instrucción en los siguiente términos:

> De acuerdo a los elementos colectados en las presentes actuaciones, la menor Claudia Victoria Poblete fue secuestrada junto con sus progenitores José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik el 28 de noviembre de 1978. Esta familia [...] ha permanecido detenida en el centro de detención clandestina conocido como "El Olimpo", lugar éste en que el matrimonio Poblete fuera despojado de su hija Claudia, mediante el artilugio de que sería devuelta a sus abuelos, hecho éste que jamás tuvo lugar. De acuerdo con las constancias de autos, y el testimonio de algunas personas que permanecieron en calidad de detenidos clandestinos en "El Olimpo", centro éste que estuvo a cargo del general Suárez Mason, algunos de los represores que habían estado encargados de dicho lugar serían responsables del secuestro y la operatoria que culminara en la entrega de Claudia Victoria Poblete a manos del teniente coronel Ceferino Landa. Entre aquellos que tendrían conocimiento del destino que se le diera a la menor, se encontrarían Juan Antonio del Cerro, alias "Colores", Roberto Rosa, más conocido como "Clavel", Julio Simón quien actuaba bajo el seudónimo de "Turco Julián", Carlos Alberto Rolón "Soler", Guillermo Antonio Minicucci "Rolando", Raúl Antonio Guglielminetti "Mayor Guastavino", el coronel Ferro entre otros. Asimismo, y en lo concerniente al secuestro de la familia Poblete, los intervinientes habrían sido Juan Antonio del Cerro, Carlos Alberto Rolón y Julio Simón (fs. 963/964 del principal).

En función de ello el juez instructor dispuso recibirles declaración indagatoria a Juan Antonio del Cerro (apodado "Colores") y a

Julio Héctor Simón (apodado "Turco Julián"), a cuyo efecto ordenó la detención (fs. 1050). A su vez, con fecha 6 de octubre de 2000, tuvo por parte querellante a Horacio Verbitsky, en su carácter de presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con arreglo a los fundamentos que lucen a fs. 1177.

Ahora bien, tras escuchar los descargos de los imputados, el juez de primer grado dispuso el procesamiento, con prisión preventiva, de Del Cerro y Simón por haber secuestrado, retenido y ocultado a Claudia Victoria Poblete –art. 146 del Código Penal– (fs. 1470/1490).

Por su parte, la alzada, al confirmar el mencionado auto de mérito, indicó que, de acuerdo con el impulso procesal generado por el representante del Ministerio Público Fiscal y por la querella, la investigación debía abarcar los hechos ilícitos de los que habían sido víctimas los padres de Claudia Victoria Poblete; sobre este punto indicó que de los diversos testimonios y constancias incorporadas en el expediente se desprendía que cuando los menores que permanecieron o nacieron en cautiverio en "El Olimpo" fueron efectivamente entregados a sus familiares, posteriormente sus padres recuperaron su libertad, en tanto que en los casos en los cuales los niños no fueron devueltos a sus abuelos (como el del matrimonio Poblete y el caso de Lucía Tartaglia) sus padres permanecían aún como detenidos desaparecidos (fs. 1607/1614).

3. Que, en razón de ello, el juez de primera instancia consideró que existían elementos de prueba suficientes para recibirles declaración indagatoria a Julio Héctor Simón y a Juan Antonio del Cerro por los hechos ilícitos sufridos por José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; de modo que, con el objeto de cumplir con dichos actos procesales, declaró la invalidez de los arts. 1° de la Ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la Ley 23.521 por ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8 y 25), con la Declaración Americana de Derechos Humanos (art. XVIII), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 9) y con el objeto y fin de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); y, a su vez, con apoyo en el

art. 29 de la Constitución Nacional declaró la inconstitucionalidad y la nulidad insanable del art. 1° de la Ley 23.492 y de los arts. 1, 3 y 4 de la Ley 23.521 (pronunciamiento de fecha 6 de marzo de 2001 que luce a fs. 1798/1892).

4. Que tras recibirle declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (fs. 1967/1969), se dictó el procesamiento con prisión preventiva del nombrado sobre la base de las siguientes circunstancias de hecho:

> [...] en su calidad de miembro de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo de Ejército Argentino y que formaba parte del sistema clandestino de represión (1976-1983), secuestró, junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad fuertemente armados, a José Liborio Poblete, quien era lisiado de ambas piernas y se movilizaba en silla de ruedas, hecho ocurrido el día 27 de noviembre de 1978, en horas de la tarde y en la zona del barrio "Once" de esta Ciudad [...] que en horas de la noche, junto a un grupo de personal de seguridad fuertemente armado, secuestró a la esposa de Poblete, Gertudris Marta Hlaczik (que se encontraba con la hija de ambos, Claudia Victoria), quien fue capturada en su domicilio, sito entre las calles 41 y 42 de Guernica, Provincia de Buenos Aires. Poblete y Hlaczik eran adherentes al grupo político Cristianos para la Liberación. Los secuestros de ambas personas se realizaron con el objeto de conducirlas al centro clandestino de detención denominado "Olimpo" que se encontraba ubicado en la calle Ramón Falcón, entre Lacarra y Olivera, de esta ciudad; con pleno conocimiento de que allí serían sometidos a torturas y vejámenes y que, luego, en estado de total indefensión, su destino probable sería la eliminación física (muerte), a manos de integrantes de las fuerzas de seguridad que formaban parte del sistema clandestino de represión. Ya en el centro "Olimpo" José Poblete y Gertrudis Hlaczik fueron torturados por Julio Héctor Simón, entre otros, e interrogados acerca de otros integrantes de la agrupación política a la que pertenecían. Entre los métodos de tortura utilizados contra ambos se encontraba la picana eléctrica, la aplicación de golpes con elementos contundentes como palos o gomas. Asimismo, Julio Simón, junto a otros integrantes de las fuerzas de seguridad, mantuvieron pri-

> vados de su libertad a Gertrudis Hlaczik y a José Poblete sin dar intervención a la autoridad judicial. Durante el tiempo que duró su cautiverio en "Olimpo" Hlaczik y Poblete fueron sometidos a vejámenes y malos tratos; por ejemplo, se les aplicaban golpes, y a Gertrudis Hlaczik la arrastraron tomada de los pelos y desnuda, y a José Poblete, a quien le decían "cortito", lo levantaban y lo soltaban desde lo alto sabiendo que la falta de miembros inferiores le impediría evitar que se golpeara contra el suelo. Todo ello era realizado por el grupo de tareas que integraba Simón, con la participación activa de éste, quien daba órdenes, custodiaba a los detenidos, y permanecía en el centro de detención en forma estable. Esta situación se mantuvo hasta el mes de enero de 1979 cuando Poblete y Hlaczik fueron sacados del centro "Olimpo" y presumiblemente eliminados físicamente por personas hasta el momento no identificadas (fs. 2678/2735).

Estos hechos fueron calificados como crímenes contra la humanidad consistentes en la privación ilegal de la libertad, doblemente agravada, por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, la que, a su vez, concurría materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (arts. 118 de la Constitución Nacional; 55, 144 bis, inc. 1° y último párrafo –Ley 14.616– en función del art. 142, incs. 1° y 5° –Ley 21.338–, 144 ter, párrafos primero y segundo –Ley 14.616– del Código Penal; 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

5. Que, a su turno, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta Capital Federal, con fecha 9 de noviembre de 2001, rechazó la excepción de falta de acción planteada por la defensa de Julio Héctor Simón, y confirmó la decisión del juez de grado en cuanto había declarado inválidos e inconstitucionales los arts. 1° de la Ley 23.492 –de punto final– y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 –de obediencia debida– y había citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente 17.889); y

en la misma fecha en el expediente 17.768 homologó el pronunciamiento del juez de primera instancia que había decretado el procesamiento con prisión preventiva de Julio Héctor Simón, por crímenes contra la humanidad, consistentes en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, que, a su vez, concurre materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí (art. 118 de la Constitución Nacional; arts. 2, 55 y 144 bis, inc. 1° y último párrafo –texto según Ley 14.616– en función del art. 142, incs. 1° y 5° –texto según Ley 20.642–, 144 tercero, párrafos primero y segundo –texto según Ley 14.616– del Código Penal; y arts. 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

Contra ambas decisiones el procesado dedujo el recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisible con el argumento de que la presentación carecía de la fundamentación autónoma exigida por el art. 15 de la Ley 48; tal decisión dio lugar a la presente queja.

6. Que, en el recurso extraordinario, el recurrente plantea la nulidad absoluta de todo lo actuado a raíz de la intervención de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) como querellante, pues sostiene que la participación del nombrado en el proceso significó la consagración –por vía judicial– de una acción popular no contemplada en la ley procesal ni susceptible de encontrar amparo en el art. 43 de la Constitución Nacional, que sólo recepta la protección de los derechos de incidencia colectiva, por lo que en consecuencia, a su juicio, carecía de legitimación para querellar.

Por otro lado, postula la validez constitucional de la Ley 23.521 y solicita que se aplique el beneficio reconocido en el art. 1°. Afirma, que la constitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no es un tema justiciable, pues al Poder Judicial no le es dado, en los términos de los arts. 75, incs. 12 y 20 de la Constitución Nacional, juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas en la zona de reserva de los demás poderes del Estado. Que tales

leyes de amnistía por el alto propósito que perseguían de lograr la concordancia social y política, no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

También invoca la lesión a las garantías de la ley penal más benigna, del *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como de la prohibición de aplicar la ley ex post facto. Sostiene que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –aprobada por la Ley 24.556 y, en cuanto a su jerarquía constitucional, por la Ley 24.820– con la consecuencia de que elimina los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agrega que no se puede restar significación a la validez inalterable de las garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (art. 4 de la Ley 23.313).

7. Que, en primer lugar, cabe puntualizar que las resoluciones recurridas en tanto importan la restricción de la libertad del imputado son equiparables a sentencia definitiva, según la doctrina establecida por los precedentes de fallos: 310:2246; 312:1351; 314:451, entre otros.

8. Que en lo que atañe al cumplimiento del requisito propio de tribunal superior contemplado por el art. 14 de la Ley 48, corresponde hacer las siguientes precisiones:

El recurso extraordinario fue interpuesto el 6 de junio de 2002 contra la sentencia de la cámara federal con arreglo a lo decidido en los pronunciamientos "Rizzo" (fallos: 320:2118), "Panceira" (fallos: 324:1632) y "Stancanelli" (fallos: 324:3952), según los cuales satisfecha la garantía constitucional de la doble instancia, la alzada constituía el superior tribunal a los fines de habilitar la apertura de esta instancia federal.

Sin embargo, esta doctrina ha sido modificada recientemente a raíz de la sentencia dictada *in re* D.199.XXXIX "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación –causa No. 107.572–", del 3 de mayo de 2005, en la que se fijó la regla por la cual siempre que en el ámbito de la justicia penal nacional, conforme al ordenamiento procesal vigente, se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la

competencia de esta Corte por vía extraordinaria, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyendo de esta manera a dicho órgano en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la Ley 48.

En ese caso, además, se subrayó que la determinación del tribunal superior de la causa en el ámbito de la justicia penal nacional no había sido precedida de una jurisprudencia uniforme, razón por la cual se estableció que la aplicación en el tiempo del nuevo criterio fijado correspondía a las apelaciones federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese fallo (doctrina de fallos: 308:552 "Tellez").

Sin embargo, con el objeto de dar cabal cumplimiento con la nueva doctrina fijada, mas sin que este modo de proceder vulnere los derechos del recurrente, se dispuso remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen para que la defensa –a quien ya se le había garantizado el derecho al recurso en la instancia de apelación– pudiese introducir por las vías que se calificaron como aptas por ante el tribunal de casación sus derechos y agravios federales involucrados.

9. Que esta solución no puede aplicarse al caso en función de las consecuencias a que dan lugar las vías utilizadas por el recurrente.

En efecto, cabe recordar que el imputado impugnó simultáneamente la sentencia apelada por ante la Cámara Nacional de Casación Penal mediante los recursos de inconstitucionalidad y de casación, y por ante esta Corte con un recurso extraordinario federal; que frente al rechazo de la totalidad de las apelaciones, el imputado dedujo sendas quejas ante la Cámara Nacional de Casación Penal y ante este Tribunal; que la cámara de casación desestimó la presentación directa con fundamento –precisamente– en la doctrina derivada de los precedentes "Rizzo" y "Panceira"; y que de acuerdo a la certificación agregada a fs. 256 de esta queja (S.1767. XXXVIII) el imputado no interpuso recurso extraordinario contra dicha decisión.

Lo expuesto revela la imposibilidad jurídica de reeditar la instancia casatoria, pues el recurrente agotó y consintió la denegación de

esta vía de impugnación mediante una conducta que no puede jugar en contra del ejercicio del derecho de defensa del imputado, ya que en definitiva su proceder se ajustó a las reglas establecidas y aceptadas por la doctrina imperante.

Las especiales circunstancias reseñadas tornan de estricta aplicación la pauta jurisprudencial fijada en fallos: 308:552 "Tellez", según la cual la autoridad institucional del nuevo precedente debe comenzar a regir para el futuro, de modo que corresponde examinar los agravios que, como de naturaleza federal, invoca el recurrente.

En esta inteligencia, además, esta Corte ha considerado arbitrario el pronunciamiento fundado en el viraje jurisprudencial operado a partir de un nuevo precedente, sobre la base de que se desvirtúa la necesidad de que el litigante conozca de antemano las reglas a las que debe atenerse al momento de intentar el acceso a la instancia revisora, lo cual genera una situación concretamente conculcatoria del derecho constitucional de defensa (Fallos: 320:1393).

10. Que, por último, cabe señalar que no se observa apartamiento de lo aquí dispuesto con el criterio aplicado por este Tribunal en los autos "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Juan Antonio del Cerro en la causa 'Simón, Julio y Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años' –causa No. 8686/2000–", con fecha 30 de septiembre de 2003 (fallos: 326:3988), en cuanto devolvió los autos al tribunal de origen para que se sustancie el recurso de inconstitucionalidad (art. 474 de Código Procesal Penal de la Nación), pues lo decisivo es que en ese caso esta Corte estaba habilitada para abrir la instancia revisora de la Cámara Nacional de Casación Penal mientras que en el sub lite se carece de dicha atribución en los términos señalados, ocasionando por ende a este procesado un agravio sustancial a sus garantías constitucionales si no se procediese del modo indicado; máxime, cuando no puede soslayarse la magnitud del tiempo transcurrido y la restricción de libertad que soporta el recurrente con motivo de la decisión de la que se agravia.

En este sentido, no debe pasarse por alto que uno de los contenidos esenciales de la garantía constitucional de la defensa en juicio es el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que,

definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de libertad que comporta el enjuiciamiento penal (fallos: 272:188).

11. Que, en primer término, corresponde señalar que el recurso extraordinario es inadmisible en cuanto al agravio fundado en la falta de legitimación de Horacio Verbitsky (presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales) para ejercer el rol de querellante en el proceso que aquí se trata, pues esta Corte tiene establecido que la decisión que rechaza la excepción de falta de acción y acepta el rol de parte querellante no constituye sentencia definitiva, en tanto no pone término al pleito ni impide su continuación (fallos: 310:248).

Si bien se ha hecho excepción a esta regla cuando la sentencia apelada puede causar un agravio de insusceptible reparación ulterior, en el caso no se verifica un supuesto de tal naturaleza ya que la circunstancia de que el impulso procesal se encuentre en cabeza de otros querellantes así como del representante del Ministerio Público Fiscal, pone de manifiesto que –de momento– cualquier decisión que se adopte sobre este planteo sería indiferente para alterar la situación del imputado.

En este sentido, cabe subrayar que más allá de la tacha que postula este procesado con respecto al alcance otorgado por la cámara a quo a la figura del querellante contemplada en la actualidad por el art. 82 del Código Procesal Penal de la Nación, materia que –como regla– es ajena a la instancia del art. 14 de la Ley 48 (fallos: 180:136; 188:178; 252:195), lo decisivo es que la recurrente no ha logrado demostrar el modo en que su situación procesal ha sido perjudicada a raíz de la petición efectuada por este querellante en el sub lite para que se declare la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, si se tiene en cuenta que un planteo de esa naturaleza estaba ínsito en el requerimiento fiscal que incluyó en el objeto del proceso la investigación de los delitos cometidos a raíz de la detención y desaparición de José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlaczik; máxime cuando con particular referencia a la declaración de inconstitucionalidad de normas inferiores a la Ley Fundamental, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre

el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (fallos: 324:3219; causa B.1160.XXXVI "Banco Comercial Finanzas S.A. –en liquidación Banco Central de la República Argentina– s/ quiebra", de fecha 19 de agosto de 2004).

Ello demuestra que la ineficacia de la decisión torna innecesario en el actual grado de desarrollo del proceso, el pronunciamiento de este Tribunal por falta de gravamen actual.

12. Que en cuanto a la pretensión del imputado de ampararse bajo la llamada "ley de obediencia debida", corresponde señalar que al dictar dicha ley (23.521), el Congreso Nacional resolvió convalidar la decisión política del Poder Ejecutivo de declarar la impunidad del personal militar en las condiciones del art. 1° de dicha ley, por los delitos cometidos "desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo" (art. 10, inc. 1, Ley 23.049). Con el objetivo señalado, la ley mencionada se sustentó en la creación de una presunción, de conformidad con la cual, se debía considerar "de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de'órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad" (art. 1°, Ley 23.521, *in fine*).

13. Que la ley mencionada presentaba falencias serias en cuanto a su formulación, las cuales fueron señaladas al examinar su compatibilidad con la Constitución Nacional en el precedente de fallos: 310:1162 (conf. voto del juez Petracchi). Como se indicó en esa oportunidad, la Ley 23.521 presentaba la particularidad de que no establecía regla alguna aplicable a hechos futuros y, de este modo, no cumplía con el requisito de generalidad propio de la función legislativa, infringiendo, por lo tanto, el principio de división de poderes. Asimismo, tal como se destacó en ese momento, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes

es manifiesto, tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.

No obstante, a pesar de las deficiencias de la técnica legislativa utilizada, la *ratio legis* era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.

14. Que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza.

15. Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*.

16. Que si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar am-

nistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances. En principio, las leyes de amnistía han sido utilizadas históricamente como instrumentos de pacificación social, con la finalidad declarada de resolver los conflictos remanentes de luchas civiles armadas luego de su finalización. En una dirección análoga, las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre "civiles y militares". Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al "olvido" de graves violaciones de los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

17. Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. fallos: 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas).

18. Que ya en su primer caso de competencia contenciosa, "Velázquez Rodríguez",[1] la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados Partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual,

> en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabili-

---

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.

> dad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.[2]

19. Que si bien el fallo citado reconoció con claridad el deber del Estado de articular el aparato gubernamental en todas sus estructuras del ejercicio del poder público de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, lo cierto es que las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves de los derechos humanos.

20. Que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92.[3] En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos –desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros– cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el Decreto 1002/

---

[2] Loc. cit., párr. 172.

[3] Consuelo Herrera c. Argentina, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262,10.309 y 10.311, informe No. 28, del 2 de octubre de 1992.

89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino "la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar".[4]

21. Que ya a partir de ese momento había quedado establecido que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la circunstancia de que los actos en cuestión hubieran sido dictados por órganos democráticos fundados en la urgente necesidad de reconciliación nacional y de la consolidación del régimen democrático (tal había sido la alegación del gobierno argentino)[5] era prácticamente irrelevante a los fines de la determinación de la lesión de los derechos a que se refieren los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH.

22. Que, sin embargo, restaba aún por determinar los alcances concretos de la recomendación de la Comisión en el Informe citado, en particular, con respecto a cuáles eran las "medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos". Ello, por cuanto el tenor de la recomendación dirigida por la Comisión a la Argentina con relación a la incompatibilidad de las leyes de punto final y obediencia debida no permitía inferir, sin más ni más, si era suficiente el mero "esclarecimiento" de los hechos, en el sentido de los llamados "juicios de la verdad", o si los deberes (¡y las facultades!) del Estado argentino en esta dirección también suponían privar a las leyes y el decreto en cuestión de todos sus efectos, ya que tal conclusión significaba producir una fuerte restricción de la cosa juzgada y del principio de legalidad, que impide prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

---

4 Loc. cit., puntos resolutivos 1 y 3, respectivamente.

5 [Consuelo Herrera..., ob. cit.] Cfr. párr. 25.

23. Que tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos".[6] En efecto, en dicha sentencia, la Corte Interamericana hizo lugar a una demanda contra el Perú, a raíz de un episodio ocurrido en Lima, en el vecindario de "Barrios Altos", el 3 de noviembre de 1991. Según se desprende del relato de los hechos, esa noche, durante una fiesta para recaudar fondos, llegaron dos vehículos con sirenas policiales. Sus ocupantes llevaban pasamontañas y obligaron a los asistentes a arrojarse al suelo, y una vez allí, les dispararon con ametralladoras y mataron a quince personas. Los autores del hecho fueron identificados como miembros de inteligencia militar del ejército peruano, que actuaban en un "escuadrón de eliminación" con su propio programa antisubversivo y que habría obrado en represalia contra supuestos integrantes de la agrupación "Sendero Luminoso". Aunque el hecho ocurrió en 1991, sólo en 1995 una fiscal intentó sin éxito hacer comparecer a los militares imputados a fin de que prestaran declaración. Poco después, una jueza asumió la investigación y ordenó la citación. Sin embargo, la justicia militar dispuso que los militares no declararan. De este modo, se planteó un conflicto de competencia ante la Corte peruana, y antes de que ésta resolviera, el Congreso sancionó una ley de amnistía (26.479) que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido violaciones de los derechos humanos o participado en esas violaciones entre 1980 y 1995. La jueza declaró la inconstitucionalidad de la amnistía por violar garantías y obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al tiempo, el Congreso dictó una nueva ley (26.492), en la que declaró que la amnistía no era revisable en sede judicial y que era de aplicación obligatoria. Además, amplió el alcance de la ley anterior, con lo cual quedaron también abarcados aquellos hechos que no hubieran sido denuncia-

---

[6] CIDH, caso Chumbipuma Aguirre c. Perú, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75.

dos. El tribunal de apelación que revisaba la decisión de la jueza declaró la constitucionalidad de las leyes en cuestión, y ello determinó el archivo definitivo de la investigación.

La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía, que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Con relación a este último aspecto, señaló expresamente que:

> son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos.[7]

Señaló asimismo:

> La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz [...]. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.[8]

---

7 [Ibídem] Cfr. párr. 41.

8 [Ibídem] Cfr. párr. 43.

Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables".[9]

24. Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, "exactamente" iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves de los derechos humanos.

En este sentido, corresponde destacar que lo que indujo al tribunal interamericano a descalificar dichas reglas no fue tanto que el régimen haya intentado beneficiarse a sí mismo, en forma directa, con la impunidad de los delitos que él mismo cometió (a la manera de lo ocurrido en nuestro país con la Ley de facto 22.924). Antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a

---

[9] Cfr. párr. 44.

aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones de los derechos humanos.

25. Que, a esta altura, y tal como lo señala el dictamen del señor Procurador General, la circunstancia de que leyes de estas características puedan ser calificadas como "amnistías" ha perdido toda relevancia en cuanto a su legitimidad. Pues, en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles.

26. Que, en este sentido, el caso "Barrios Altos" estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de "pacificación" disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves de los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.

27. Que en este punto resulta pertinente recordar el voto concurrente del juez García Ramírez en el caso "Barrios Altos", en el que se reconoce que el dictado de una amnistía, bajo ciertas circunstancias, podría resultar conveniente para el restablecimiento de la paz y la apertura de nuevas etapas constructivas, en el marco de "un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda...". Sin embargo "esas disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones de los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad".[10]

---

[10] Cfr. caso Barrios Altos, supra cit., voto concurrente del juez García Ramírez, párrs. 10 y ss.

28. Que, por otro lado, a partir de lo decidido en el caso citado con relación a los efectos de las llamadas "leyes de autoamnistía", se advierte que no sería suficiente con la supresión "simbólica" de las leyes de esta naturaleza. Así, la Corte Interamericana no se limitó a declarar la incompatibilidad de las leyes con la Convención, sino que resolvió que las leyes peruanas carecían de efectos y le impuso al Estado peruano la obligación de hacer a un lado la cosa juzgada. Visto el caso argentino desde esta perspectiva, se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana.

29. Que, por lo demás, la sentencia en el caso "Barrios Altos" no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante. Así, en la sentencia del 3 de septiembre de 2001, al interpretar el alcance de dicho caso, la Corte Interamericana ratificó su decisión anterior y señaló que lo allí resuelto se aplicaba con efecto general a todos los demás casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinadas en aquella oportunidad, y volvió a insistir en que "la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado".[11]

30. Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana,[12] cuyos alcances para casos como

---

[11] Cfr. CIDH, caso Barrios Altos, interpretación de la sentencia de fondo, sentencia del 3 de septiembre de 2001, Serie C, No. 83.

[12] Cfr. CIDH, caso 19 Comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, No. 109, párrs. 175, 262 y ss.); caso Hermanos Gómez Paquiyaurí, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110, párrs. 232 y ss.); caso Tibí, sentencia

el presente no pueden ser soslayados. Por lo demás, su concreta relevancia en el derecho interno frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este Tribunal en fallos: 326:2805 ("Videla, Jorge Rafael"), voto del juez Petracchi; 326:4797 ("Astiz, Alfredo Ignacio"), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni) y, en especial, en la causa A.533. XXXVIII. "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa No. 259–", resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*.

31. Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves de los derechos humanos.

---

del 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114, párrs. 259 y sus citas; caso Masacre Plan de Sánchez, sentencia del 19 de noviembre de 2004, Serie C, No. 116, párrs. 95 y ss., esp. párr. 99; caso Hermanas Serrano Cruz, sentencia del 1° de marzo de 2005, Serie C, No. 120, párrs. 168 y ss., esp. párr. 172; caso Huilca Tecse, sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C, No. 121, párrs. 105 y ss., esp. párr. 108.

32. Que análogas consideraciones son las que han llevado al Congreso Nacional a dictar la Ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes en cuestión. El debate parlamentario de dicha ley coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. Así, en la Cámara de Diputados se evaluó, expresamente, la circunstancia de que la derogación de las leyes dispuesta en el art. 2, de la Ley 24.952 no hubiera producido el efecto deseado, en razón de que no dejó claramente establecida la inaplicabilidad del principio de la ley penal más benigna.[13] Asimismo, la discusión legislativa permite inferir que el sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes[14] y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando.[15] Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional.

33. Que los alcances de dicha obligación, por otra parte, han sido recientemente examinados por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, según el cual "cuando funcionarios públicos o agentes del Estado han cometido violaciones de los derechos del Pacto [...] los

---

13 Cfr. Cámara de Diputados, 4° sesión ordinaria, 12 de agosto de 2003, pp. 22 y ss.

14 Ibídem, pp. 31, 50, 52.

15 Cfr. versión taquigráfica provisional, Cámara de Senadores, 11 sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 2003, i. a., pp. 3, 36, 39 y ss. En esta dirección, también se citaron en apoyo de la decisión las conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, formulada en el informe 28/92, supra cit.

Estados Partes no pueden eximir a los autores de su responsabilidad personal como ha ocurrido con determinadas amnistías [...]".[16]

En el mismo sentido, y en lo que atañe concretamente a nuestro país, las observaciones finales de dicho Comité sobre este tema dirigidas a la Argentina[17] establecen la inadmisibilidad de la situación creada por las leyes 23.492 y 23.521 también frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la insuficiencia de la mera derogación de tales normas: "Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores".[18] Anteriormente, el mismo organismo ya había expresado lo siguiente: "El Comité nota que los compromisos hechos por el Estado Parte con respecto a su pasado autoritario reciente, especialmente la ley de obediencia debida y la ley de punto final y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son inconsistentes con los requisitos del Pacto [PIDCP]".[19] Asimismo, manifestó en esa ocasión la preocupación sobre ambas leyes

> pues privan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos durante el período del gobierno autoritario de un recurso efectivo en violación a los artículos 2 (2,3) y 9 (5) del Pacto [PIDCP]. El Comité ve con preocupación que las amnistías e indultos han impedido las investigaciones sobre denuncias de crímenes cometidos por las fuerzas armadas y agentes de los servicios de seguridad nacional incluso en casos

---

16 Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80° período de sesiones, 2004, párrs. 17 y ss.

17 Sesión 1893, del 1° de noviembre de 2000. Tales observaciones también fueron tomadas en consideración en el debate en la Cámara de Senadores i.a. pp. 42 y 47.

18 Loc. cit., párr. 9.

19 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comentario sobre Argentina adoptado durante su sesión 53, el 5 de abril de 1995, párr. 3.

> donde existen suficientes pruebas sobre las violaciones de los derechos humanos tales como la desaparición y detención extrajudicial de personas, incluyendo niños.[20]

34. Que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la Ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al *declarar* la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica.

Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada –o, en su caso, rechazada– por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta "usurpación de funciones" tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la Ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío. Por lo demás, de ese modo se perdería de vista que el sentido de la ley no es otro que el de formular una *declaración* del Congreso sobre el tema y que, de hecho, la "ley" sólo es apta para producir un efecto político simbólico. Su efecto vinculante para los jueces sólo deriva, en rigor, de que la doctrina

---

[20] Loc. cit., párr. 10.

que ella consagra es la correcta: la nulidad insanable de las leyes 23.492 y 23.521.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve:

1. Hacer lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario según el alcance indicado en los considerandos; declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

2. Declarar la validez de la Ley 25.779.

3. Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

4. Imponer las costas al recurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. Enrique Santiago Petracchi - Carlos S. Fayt (en disidencia), Antonio Boggiano (según su voto), Juan Carlos Maqueda (según su voto), E. Raúl Zaffaroni (según su voto), Elena I. Highton de Nolasco (según su voto), Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto), Carmen M. Argibay (según su voto).

Tribunal Constitucional Español
Sentencia del 26 de septiembre de 2005*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas y

---

* Tribunal Constitucional Español, sentencia 237 del 26 de septiembre de 2005.

don Pascual Sala Sánchez, magistrados, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente

Sentencia

En los recursos de amparo núms. 1744/2003, 1755/2003 y 1773/2003, promovidos, el primero de ellos, por doña Rigoberta Menchú Tumn, doña Silvia Solórzano Foppa, doña Silvia Julieta Solórzano Foppa, don Santiago Solórzano Ureta, don Julio Alfonso Solórzano Foppa, don Lorenzo Villanueva Villanueva, doña Juliana Villanueva Villanueva, don Lorenzo Jesús Villanueva Imizocz, doña Ana María Gran Cirera, doña Montserrat Gibert Grant, doña Ana María Gibert Gran, doña Concepción Gran Cirera, don José Narciso Picas Vila, doña Aura Elena Farfán, doña Rosario Pu Gómez, C. I. Est. Prom. Derechos Humanos, don Arcadio Alonzo Fernández, Conavigua, Famdegua y doña Ana Lucrecia Molina Theissen, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Rincón Mayoral y asistidos por el letrado don Carlos Vila Calvo, y por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistida por el letrado don Antonio García Martín, el núm. 1755/2003, por la Asociación de Derechos Humanos de España, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo y asistido por el letrado don Víctor Hortal Fernández, y el núm. 1773/2003, por la Asociación Libre de Abogados, la Asociación contra la Tortura, la Associació d'Amistat amb el Poble de Guatemala, la Asociación Centro de Documentación y Solidaridad con América Latina y África, el Comité Solidaridad Internacionalista de Zaragoza, representados por la Procuradora doña Isabel Calvo Villoria y asistidos por el letrado don Antonio Segura Hernández, y por la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos de Madrid, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega y asistida por el letrado don Carlos Slepoy Prada, contra la sentencia del Tribunal Supremo núm. 327-2003, del 25 de febrero, recaída en el recurso de casación núm. 803-2001, que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra el Auto del

Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del 13 de diciembre de 2000, recaído en el rollo de apelación núm. 115-2000. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. a) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de marzo de 2003 con núm. 1744/2003 la Procuradora de los Tribunales doña Gloria Rincón Mayoral, en representación de doña Rigoberta Menchú Tumn y otros ya circunstanciados anteriormente, y la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, en representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, formularon demanda de amparo contra las resoluciones judiciales de las que se hace mérito en el encabezamiento.

b) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de marzo de 2003 con núm. 1755/2003 la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo, en representación de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, interpuso demanda de amparo contra las mismas resoluciones judiciales.

c) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 27 de marzo de 2003 con núm. 1773/2003 la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Calvo Villoria, en representación de la Asociación Libre de Abogados, y otras ya circunstanciadas anteriormente, así como la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega, en representación de la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos, interpusieron demanda de amparo contra las ya referidas resoluciones judiciales.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes, que se exponen sintéticamente en lo que concierne al objeto del amparo solicitado:

a) El 2 de diciembre de 1999 doña Ribogerta Menchú Tumn interpuso ante el Juzgado de Guardia de la Audiencia Nacional una denuncia en la cual se narraban diversos hechos que la denunciante

calificaba como posibles delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal, presuntamente perpetrados en Guatemala entre los años 1978 y 1986 por una diversidad de personas que ejercieron en dicho período funciones públicas de carácter civil y militar. Entre los hechos relatados en la denuncia se incluía el asalto de la Embajada de España en Guatemala en 1980, en el que fallecieron 37 personas, así como la muerte de varios sacerdotes españoles y de otras nacionalidades y de familiares de la denunciante. Ésta consideraba competente para conocer de tales hechos a la Audiencia Nacional española, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23.4, apartados a), b) y g) LOPJ. La denuncia, repartida al Juzgado Central de Instrucción núm. 1, fue seguida de numerosas personaciones de personas físicas y asociaciones, entre otras las aquí demandantes.

b) El Ministerio Público interesó el 13 de enero de 2000 el archivo de las actuaciones al no estimar competente a la Jurisdicción española. Mediante Auto de 27 de marzo de 2000 el juez central núm. 1 desestimó tal pretensión y declaró su competencia, tuvo por dirigido el procedimiento contra los denunciados, admitiendo las querellas interpuestas, y ordenó practicar diversas diligencias, entre otras un requerimiento a las Autoridades de Guatemala para que manifestasen si en la actualidad existe algún proceso penal contra los denunciados por los mismos hechos, singularmente los de la Embajada de España, "con expresión, en su caso, de las suspensiones o paralizaciones de los procesos y sus causas y fechas" y "de las resoluciones judiciales decretando el archivo o sobreseimiento".

En síntesis, y entre otros argumentos que no son relevantes a los efectos del recurso de amparo, el instructor basaba su decisión en que, presentando los hechos "la luminosa apariencia de genocidas", puesto que se trata del exterminio del pueblo maya "en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor –y aun originador– de la insurgencia o la revolución", conforme al apartado 4 a) en relación con el 2 c) del art. 23, y a los arts. 65.1 y 88, todos de la LOPJ, el juez era competente para conocer de este delito, en el que quedaban integrados los otros que se denunciaban. Añadía además que la Ley de

Reconciliación Nacional de Guatemala sólo procura la amnistía para los participantes en "el conflicto armado", cuya existencia (alegada por el fiscal) es "elemento fáctico pendiente de prueba"; que el art. 23 LOPJ es una norma procesal, por lo que no es aplicable la doctrina de la irretroactividad de la norma penal desfavorable; y que no existe cosa juzgada, al no constar siquiera que se sigan otros procesos en Guatemala por razón de los mismos hechos, además de que los Estados en que se ejecutan este tipo de hechos no pueden aducir injerencias en su soberanía, pues los magistrados del Estado que asume la competencia represiva hacen valer la propia, en función de la preservación de intereses comunes de la humanidad civilizada; no tratándose por tanto de eludir la jurisdicción territorial de Guatemala, que "no es excluyente, pues en ausencia de su ejercicio honrado y eficaz debe ser suplida por tribunales que –como los españoles– sustentan la extraterritorialidad de su jurisdicción en el principio legal –interno e internacional– de persecución universal [...] sin olvidar que el art. 6 del Convenio de 1948 impone la subsidiariedad de la jurisdicción española respecto de la del Estado en que ocurrieron los repetidos hechos."

c) Interpuso el Ministerio Público recurso de reforma, que fue desestimado por Auto de 27 de abril de 2000 por razones sustancialmente iguales que las expuestas en la resolución recurrida, y contra dicho Auto formuló el fiscal apelación, que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó mediante Auto de 13 de diciembre de 2002, declarando "que no procede el ejercicio en este momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los referidos hechos, debiendo el instructor archivar las Diligencias Previas". El Tribunal consideraba que el planteamiento formulado por el magistrado instructor era acorde con la fundamentación de los Autos de la Propia Sala de 4 y 5 de noviembre de 1998 "para los casos de Chile y Argentina", pero "no así la premisa fáctica de inactividad de la justicia guatemalteca".

En concreto argumentaba que: 1) es necesario cohonestar el principio de persecución universal del art. 23.4 a) LOPJ con los criterios del art. 6 del Convenio sobre la prevención y castigo del delito de

genocidio, del 9 de diciembre de 1948 (en adelante, Convenio sobre Genocidio), aplicable en los términos de los arts. 96 CE y 1.5 CC, que obliga al Estado donde ocurrieron los hechos a establecer una jurisdicción para perseguirlos, aunque ello no implica la exclusión de otras jurisdicciones, aplicándose no obstante a éstas el principio de subsidiariedad respecto de aquéllas; 2) este principio supone la abstención del ejercicio de la jurisdicción de otro Estado cuando los hechos están siendo enjuiciados en aquel en el que ocurrieron los hechos o en un Tribunal penal internacional; 3) "a diferencia de Chile y Argentina", no se ha constatado la inactividad de la jurisdicción guatemalteca, pues, en primer lugar, no existe una legislación que impida actuar a los jueces locales [dado que el art. 8 de la LRN excluye expresamente la extinción de responsabilidad penal respecto –entre otros– del delito de genocidio, y además la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) creada por el Acuerdo de Oslo de 1994 recomienda expresamente su cumplimiento "a efecto de perseguir y enjuiciar" dichos delitos] y, en segundo lugar, si la justicia guatemalteca pudo estar en su día atemorizada, no resulta manifiesto que hoy se niegue a actuar si la acción penal se ejercita ante ella, sin que quepa deducir su supuesta inactividad del mero paso del tiempo, puesto que el material de que se vale la denuncia inicial [se refiere al informe de la CEH] vio la luz el 2 de febrero de 1999, y la denuncia se presentó el 2 de diciembre de ese año "sin acompañar a la misma ninguna resolución judicial de Guatemala que la rechace".

d) Frente a dicho Auto interpusieron las partes acusadoras recurso de casación, que fue resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo ante la que se impetra el amparo constitucional. En ella la Sala Segunda examina y rechaza los motivos de recurso en los siguientes términos, sucintamente resumidos, una vez más ciñendo el examen a los aspectos relacionados con la demanda de amparo:

1. No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por el hecho de que la Audiencia Nacional niegue su jurisdicción basándose en un argumento (la subsidiariedad) no alegado por el fiscal en su recurso de apelación, ya que el Auto contiene una argumentación que puede

no ser compartida mas no tachada de inexistente o arbitraria, por lo que satisface las exigencias inherentes al derecho invocado, y además el principio acusatorio vincula al Tribunal a las pretensiones, pero no a las argumentaciones jurídicas empleadas para defenderlas.

2. Respecto de dicho principio de subsidiariedad advierte el Tribunal Supremo que "el objeto de nuestra resolución es determinar la existencia de jurisdicción extraterritorial de los Tribunales españoles [...] y no sólo valorar la corrección del criterio empleado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto recurrido", así como que esta materia "depende sólo de la ley y, una vez planteada la cuestión, el Tribunal debe aplicar sus disposiciones" por lo que "no es trasladable a esta materia la doctrina de la prohibición de la *reformatio in peius*". A partir de esa premisa, y admitiendo que aun cuando el Convenio sobre Genocidio no establece la jurisdicción universal tampoco la excluye, la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirma que "el criterio de la subsidiariedad [...] no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia", porque basarse en la inactividad real o aparente de la jurisdicción del lugar "implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano", declaración que "no corresponde a los Tribunales del Estado", ya que el art. 97 CE atribuye al gobierno la dirección de la política exterior, "y no puede ignorarse la repercusión que en ese ámbito puede provocar una tal declaración".

Además el Convenio sobre Genocidio regula el procedimiento a seguir en estos casos, atribuyendo (art. 8) a los órganos de Naciones Unidas la competencia para tomar las medidas apropiadas para la prevención y represión de los delitos incluidos en él, constando en este caso informes de la Misión de Naciones Unidas (Minugua) en los que se hace referencia a las dificultades en materia de derechos humanos, conocidas por tanto por dichos órganos de la ONU, que sin embargo no han respondido en modo semejante a los casos de Ruanda o de la ex Yugoslavia.

3. Admitiendo "con carácter provisionalísimo" que los hechos denunciados puedan ser constitutivos de genocidio, no cabe interpretar, como hacen los recurrentes, que el Convenio de 1948 consagre en su art. 1 (en el que "las Partes contratantes [...] se comprometen a prevenir y a sancionar" este delito) la jurisdicción universal, pues el art. 6 establece la competencia de la Jurisdicción del territorio o de una Corte penal internacional y el art. 8, ya examinado, contempla otra forma de reacción, distinta del establecimiento por parte de cada Estado de su propia jurisdicción conforme a dicho principio de persecución universal. De hecho España incorporó en ejecución del Convenio el delito de genocidio al Código Penal (Ley 44/1971), pero no modificó las normas procesales que regulaban los supuestos de extraterritorialidad para extender el principio de jurisdicción universal a dicho delito.

4. En efecto, el art. 23.4 LOPJ incluye dicho principio; pero "una previsión tan general como la contenida en este precepto suscita ciertos interrogantes", puesto que "no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor y víctima", y en nuestro derecho "no está establecido el principio de oportunidad", debiéndose además analizar si la regla de jurisdicción universal puede ser aplicada "sin tener en consideración otros principios de derecho internacional público". En este punto afirma el Alto Tribunal que "la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que sus límites iniciales son coincidentes con los que corresponden a aquélla, que en muchos aspectos viene determinada por la de otros Estados", de modo que "no son absolutamente equiparables los supuestos referidos a lugares no sometidos a ninguna soberanía estatal y aquellos otros en los que la intervención jurisdiccional afecta a hechos ejecutados en el territorio de otro Estado soberano".

Así la extensión extraterritorial de la jurisdicción se justifica, en relación con los principios real o de protección y de personalidad

activa y pasiva, por la existencia de intereses particulares de cada Estado, pero cuando se trata de basar la extraterritorialidad de la jurisdicción en bienes jurídicos de los que es titular la comunidad internacional se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público. No existe objeción a la jurisdicción universal cuando proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente un tratado aceptado por los Estados Parte, pero si sólo se reconoce en el derecho interno su alcance está limitado por "otros principios" cuando no existe "un punto de conexión directo con intereses nacionales", puesto que "tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al derecho penal, contra todos y en todo el mundo".

Acepta la Sala que, si la actividad delictiva se ha realizado con el consentimiento o incluso la participación de las autoridades del Estado, "la especial gravedad de los hechos, unida a la ausencia de normas internacionales expresas, o a la inexistencia de una organización internacional de los Estados, podría explicar la actuación individual de cualquiera de ellos", pero esto no significa que no rija ningún criterio, como el del art. 8 del Convenio sobre Genocidio y "el principio de no intervención en los asuntos de otros Estados (art. 2.7 Carta de Naciones Unidas)", cuyas limitaciones en materia de derechos humanos sólo son inobjetables cuando la intervención es aceptada mediante acuerdos entre Estados o decidida por las Naciones Unidas, y no en el caso de que resulte decidida "unilateralmente por un Estado o por los jueces de un Estado".

5. Los tratados internacionales suscritos por España para la persecución de delitos "que protegen bienes jurídicos cuya protección interesa en general a la Comunidad Internacional" establecen criterios de atribución jurisdiccional por razón del territorio o de la personalidad activa o pasiva, y a ello añaden el compromiso para cada Estado de perseguir estos hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición *(dedere aut punire),* "pero no se ha establecido expresamente

en ninguno de esos tratados que cada Estado Parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aun en los casos en que éste no procediera a su persecución".

6. El Tribunal justifica una interpretación basada en estos Tratados por dos razones: en primer lugar, por la remisión general del art. 23.4 g) LOPJ a los delitos que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos por España, siendo "congruente con las finalidades que se pretende satisfacer" la aplicación en la persecución de crímenes de derecho internacional del criterio homogéneo que se aprecia en ellos; y, en segundo término, por el hecho de que el art. 96.2 CE incorpora como derecho interno el contenido de esos tratados, junto al art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados del 23 de mayo de 1969 (en adelante, Convenio sobre el Derecho de los Tratados), que impide alterar o incumplir su contenido sobre la base de la legislación interna de cada Estado. A partir de ahí la sentencia examina dichos Tratados suscritos por España, llegando a la conclusión ya anticipada, que (sostiene) responde a lo que "un sector importante de la doctrina" entiende por "principio de justicia supletoria o de derecho penal de representación, al menos en un sentido amplio", y otro sector doctrinal como "un elemento de conexión en el ámbito del principio de jurisdicción universal".

Reconocida por parte de la doctrina y algunos tribunales nacionales "la conexión con un interés nacional" como "elemento legitimador en el marco del principio de justicia universal", cabe entender que dicho interés nacional es relevante a estos efectos cuando el hecho con el que se conecte "alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal", debiendo además apreciarse esta conexión en relación con el delito que sirve de base para atribuir la jurisdicción, y no con otros relacionados con él, de modo que la existencia de tal conexión en relación con un delito no autoriza a extender la jurisdicción a otros diferentes en los que dicha conexión no se aprecie.

7. En aplicación de esta doctrina la jurisdicción universal de los tribunales españoles no puede extraerse de las disposiciones del Convenio sobre Genocidio ni de ningún otro tratado suscrito por España; además no consta que ninguno de los culpables se encuentre en territorio español, ni que España haya denegado su extradición, ni se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español, pues, siendo posible concretar la conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se aprecia la comisión de un genocidio sobre españoles, aun cuando se hayan visto afectados por hechos calificables como delitos distintos. Lo mismo ocurre con el terrorismo "sin perjuicio de las cuestiones que pudiera suscitar la tipicidad de los hechos con arreglo a las leyes españolas vigentes en el momento de su comisión". En cuanto a las torturas, España y Guatemala son parte en la Convención de 1984, que incorpora el principio de personalidad pasiva, permitiendo perseguir los hechos al Estado de nacionalidad de la víctima cuando éste lo considere apropiado.

Las denuncias incluyen los acontecimientos de la Embajada de España, donde murieron ciudadanos españoles, habiendo reconocido el gobierno de Guatemala en el comunicado conjunto de 1984 que constituyeron una violación de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y aceptado las consecuencias que de ello pudieran derivar, y también se denuncia la muerte de cuatro sacerdotes españoles, que se imputa a funcionarios o a otras personas en el ejercicio de funciones públicas, lo que autoriza a mantener respecto de ambos hechos la Jurisdicción de los Tribunales españoles al amparo del art. 23.4 g) LOPJ, en relación con la Convención [contra] la Tortura.

En consecuencia el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación y declara la jurisdicción de los tribunales españoles respecto de esos dos hechos.

e) Siete magistrados de la Sala formularon un voto particular, cuyos argumentos han servido de base, en buena parte, a los argumentos de las demandas de amparo ahora interpuestas. La minoría discrepante acepta el criterio de sentencia, incluida la estimación "im-

plícita" del motivo de casación relativo al modo en el que la Audiencia Nacional aplicó el principio de subsidiariedad, pero se aparta en lo concerniente a la aplicación del principio de justicia universal por entender que la interpretación mayoritaria no respeta lo establecido por el legislador en el art. 23.4g) LOPJ. Así entienden que:

1) El principio de subsidiariedad no aparece recogido en nuestro derecho positivo, ni en la LOPJ ni en el Convenio sobre Genocidio, que efectivamente no prohíbe la jurisdicción universal respecto de ese delito, existiendo de hecho diversos países que la han establecido en sus legislaciones. La jurisdicción universal "no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia, pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad", aplicándose el principio de no necesidad de intervención cuando está actuando la jurisdicción territorial. Esto no faculta para exigir la acreditación plena de la inactividad de dicha jurisdicción territorial para admitir la querella, sino la aportación de indicios razonables de que los crímenes denunciados no han sido hasta la fecha perseguidos de modo efectivo, lo que se desprende en este caso de la documentación aportada.

Por ello la estimación del recurso de casación en relación con la aplicación del principio de subsidiariedad debió determinar la admisión de la querella en los términos del Auto dictado por el Juzgado Central, y puesto que la subsidiariedad constituía la única fundamentación del Auto de la Sala de la Audiencia Nacional, que es considerada incorrecta por la mayoría, lo consecuente habría sido casar el Auto recurrido.

2) Siendo los querellantes los únicos recurrentes la sentencia incurre, por tanto, en una *reformatio in peius* al perjudicar la posición de éstos en el proceso: aplicando su interpretación del principio de subsidiariedad en relación con el escaso tiempo transcurrido desde que se conocieron los hechos hasta la denuncia la Audiencia se estimaba incompetente "por el momento"; sin embargo la decisión del Tribunal Supremo tiene alcance definitivo, al establecer que la jurisdicción española sólo es competente si las víctimas del genocidio son españolas o los culpables se encuentran en España. No cabe

alegar que esta decisión "depende sólo de la ley", pues toda resolución que incurre en esta modalidad de vulneración de la tutela judicial efectiva lo hace estimando que es ajustada a la ley. Lo relevante es que se aprovecha el recurso para, sin estimar las pretensiones de los recurrentes, sentar una nueva doctrina más restrictiva que la sostenida en el Auto recurrido.

3) La mayoría del Tribunal interpreta *contra legem* el art. 23.4 g) LOPJ, pues la única limitación que esta norma establece al ejercicio de la jurisdicción española es que el delincuente no haya sido absuelto, condenado, indultado o penado en el extranjero. La exigencia de que la víctima sea española es manifiestamente antagónica con lo dispuesto en la norma, que no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva y deja prácticamente sin contenido la persecución del genocidio como delito extraterritorial. La existencia de víctimas españolas puede reforzar las razones que justifican que la jurisdicción española acepte conocer del asunto, pero dicha jurisdicción se ejerce conforme al citado art. 23.4 a) en aplicación del principio de justicia universal. Aplicar un interés nacional es contrario a la consideración del genocidio como delito contra la comunidad internacional, pues supone que afecte a víctimas exclusivamente españolas fuera de España (ya que, si las víctimas españolas fueran ajenas al grupo, el hecho respecto de ellas no sería calificable como delito de genocidio).

El otro criterio que emplea la sentencia, la presencia del presunto culpable en territorio español, también es contrario a la norma, puesto que el art. 23.4 distingue dos grupos de delitos, los de competencia extraterritorial por aplicación de la propia norma interna [apartados a) a f)], y los que pueden llegar a serlo por aplicación de un Tratado [apartado g)], incorporando respecto de los primeros al Ordenamiento interno el principio de jurisdicción universal, con arreglo a un principio de *ius cogens* fuera de discusión. Por ello no puede interpretarse que el apartado g) establezca límites a los anteriores respecto de una jurisdicción reconocida con anterioridad, y además los Tratados a tomar en consideración establecen unas obligaciones de ejercicio de la jurisdicción que constituyen un mínimo y no un máximo.

4) Citando precedentes de derecho comparado concluye que a la persecución del genocidio se aplica el principio de justicia universal como principio de ius cogens del derecho internacional, por lo que no cabe apreciar en el ejercicio de esta jurisdicción en los términos del art. 23.4 LOPJ contradicción alguna con otros principios del derecho internacional.

Por todo ello la exigencia de un vínculo o conexión entre los hechos y un valor o interés del Estado que ejerce jurisdicción puede constituir un razonable criterio de autorrestricción para evitar la proliferación de procesos por delitos totalmente extraños o alejados, pero siempre como criterio de exclusión del exceso o abuso de derecho, no como medio de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla a partir de la aplicación del principio de personalidad pasiva, que no existe en nuestro ordenamiento, o de defensa, que se recoge separadamente en el art. 23.3 LOPJ. El enunciado criterio de razonabilidad puede permitir denegar el ejercicio abusivo de la jurisdicción con el fin de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y la inefectividad de la intervención, pero, al entender ese *nexo común* de modo tan restrictivo como lo hace la mayoría del Tribunal, se suprime en la práctica su ejercicio.

5) En todo caso si en algún supuesto concurren criterios de conexión es en éste, hasta el punto de que "difícilmente se volverá a repetir en la historia de la jurisdicción española un supuesto en el que existan tan plurales vínculos con un delito de genocidio étnico". Constata a tal efecto la minoría discrepante la existencia de vínculos culturales, históricos, lingüísticos, jurídicos y de toda índole con Guatemala, lo que impide aplicar el "criterio razonable de exclusión" antes explicado y avala la mayor efectividad de la intervención jurisdiccional, a lo que se añade la existencia de un número relevante de víctimas españolas, no del genocidio (pues no pertenecen al grupo étnico), pero sí de actos de represalia o de los propios actos genocidas dirigidos contra la población maya, y en fin, el asalto a la Embajada de España, que "no puede constituir un ejemplo más claro de afectación a los intereses de nuestro país".

En virtud de todo ello considera el voto particular que debió estimarse el recurso, casando el Auto recurrido y confirmando el inicialmente dictado por el juez central de instrucción.

3. Las respectivas demandas de amparo se fundamentan, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) La demanda de amparo con núm. 1744/2003 considera vulnerado, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho y de acceso a la jurisdicción, en la que habrían incurrido, tanto la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003 al acoger una interpretación injustificadamente restrictiva y *contra legem* del art. 23.4 LOPJ, viniendo en realidad la exigencia, no establecida en la ley, de algún vínculo de conexión entre los hechos delictivos y los intereses del Estado español a derogar el principio de justicia universal consagrado en el citado precepto, como el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 al haber introducido un requisito (el criterio de la subsidiariedad) no recogido en la ley para cerrar el acceso al proceso de los ahora recurrentes. En segundo lugar considera vulnerado igualmente el derecho recogido en el art. 24.1 CE por infracción de la prohibición de la *reformatio in peius* generadora de indefensión, dado que, al ser los ahora demandantes los únicos recurrentes, la sentencia del Tribunal Supremo perjudica y empeora su situación previa, puesto que cierra de modo definitivo la competencia de los tribunales españoles frente a la improcedencia "en este momento" de la jurisdicción española, que había afirmado la Audiencia Nacional. Por lo demás los demandantes hacen suyos los argumentos manejados por el voto particular. En tercer lugar se alega asimismo la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en que habrían incurrido las resoluciones impugnadas al efectuar una interpretación *contra legem* del art. 23.4 LOPJ y cerrar el paso a la competencia de los tribunales españoles.

b) La demanda presentada en el recurso registrado con el núm. 1755/2003 impetra amparo por considerar vulnerados los siguientes derechos fundamentales: en primer lugar el derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.2 CE) en su vertiente de acceso al proceso; vulneración en que incurren tanto la sentencia del Tribunal Supremo como el Auto de la Audiencia Nacional del 13 de diciembre de 2000 al declinar la jurisdicción española para la persecución de parte de los hechos objeto de la denuncia a partir de una interpretación que precluye toda aplicación del art. 23.4 LOPJ, al sustituir, la primera de las resoluciones citadas, la jurisdicción universal por el principio de personalidad pasiva, que no está recogido en el Ordenamiento español, y al restringir *contra legem* la Audiencia Nacional el marco de competencia de los tribunales españoles en virtud del principio de subsidiariedad. Del mismo modo, y en segundo lugar, incurren en la vulneración del derecho a un debido proceso en relación con el derecho de igualdad ante la ley cuando discriminan la competencia para la persecución penal de los hechos denunciados en función de la nacionalidad de las víctimas o del "interés nacional", infringiendo con ello lo dispuesto el art. 14 CEDH o el 21 PIDCP. Por último alegan que la sentencia del Tribunal Supremo infringe la proscripción de la *reformatio in peius*, al resolver la casación, instada por los ahora recurrentes, restringiendo aún más la competencia de los tribunales españoles al ir más allá que la Audiencia Nacional.

c) El recurso de amparo registrado con el núm. 1773/2003 se interpone en atención a los siguientes motivos de amparo: en primer lugar, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la sentencia del Tribunal Supremo al dictar una resolución no fundada en derecho y en contra de lo que, de modo claro y preciso, dispone el art. 23.4 LOPJ, la cual se opone asimismo al derecho al acceso al proceso por restringir indebidamente la competencia de los tribunales españoles. Y la misma queja se proyecta sobre el Auto de la Audiencia Nacional. Asimismo se priva con tales resoluciones a los ahora demandantes del juez ordinario predeterminado por la ley, contraviniendo con ello lo dispuesto en el art. 24.2 CE. Sin apoyo argumental aduce además la demanda la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, para concluir afirmando, a partir de la invocación del voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo combatida, que ésta incurre en una *reformatio in peius*.

4. La Sala Segunda, en relación con la demanda registrada con el núm. 1744/2003, dictó providencia de 13 de mayo de 2004 al amparo de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordando conceder al recurrente y al Ministerio Público el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, alegaciones sobre la carencia manifiesta de contenido constitucional conforme al art. 50.1 c) LOTC. El fiscal y el demandante interesaron la admisión a trámite de la demanda, que fue acordada por providencia de la Sala Segunda del 14 de octubre de 2004, al igual que el emplazamiento de quienes fueran parte en el procedimiento del que traía causa. Por medio de escrito registrado en este Tribunal el 22 de noviembre de 2004 se personó en dicho recurso la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega.

Por diligencia de ordenación del 20 de enero de 2005 se tuvo a dicha Asociación por personada, acordando además dar vista de las actuaciones a todas las partes por plazo de veinte días, según lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, así como concederles plazo de diez días, según lo establecido en el art. 83 LOTC, para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniese sobre la acumulación al presente recurso del tramitado en la Sala Segunda con núm. 1755/2003 y al seguido en la Sala Primera con núm. 1773/2003.

5. La Sala Segunda, en relación con la demanda núm. 1755/2003, dictó providencia de 19 de mayo de 2004, al amparo de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordando conceder al recurrente y al Ministerio Público plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, alegaciones sobre la carencia manifiesta de contenido constitucional conforme al art. 50.1 c) LOTC. El fiscal y la demandante interesaron la admisión a trámite de la demanda, que fue acordada por providencia de la Sala Segunda de 28 de octubre de 2004, al igual que el emplazamiento de quienes fueran parte en el procedimiento del que traía causa. Por medio de escrito registrado en este Tribunal el 23 de diciembre de 2004 se personó en dicho recurso la Asociación Libre de Abogados, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega.

Por diligencia de ordenación del 20 de enero de 2005 se tuvo a esta última Asociación por personada, acordando además dar vista de las actuaciones a las partes por plazo de veinte días según lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, así como concederles plazo de diez días, según lo establecido en el art. 83 LOTC, para que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera sobre la acumulación del presente recurso al tramitado en la Sala Segunda con el núm. 1744/2003.

6. La Sala Primera, en relación con la demanda núm. 1774/2003, dictó providencia de 18 de mayo de 2004 acordando admitir a trámite la demanda y requerir, conforme al art. 51 LOTC, el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento. Mediante escritos registrados en este Tribunal el 1 de junio de 2004 se personaron en dicho recurso la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega, y Rigoberta Menchú Tumn, Silvia Solórzano Foppa, Silvia Julieta Solórzano Foppa, Santiago Solórzano Ureta, Julio Alfonso Solórzano Foppa, Lorenzo Villanueva Villanueva, Juliana Villanueva Villanueva, Lorenzo Jesús Villanueva Imizocz, Ana María Gran Cirera, Montserrat Gibert Grant, Ana María Gibert Gran, Concepción Gran Cirera, José Narciso Picas Vila, Aura Elena Farfán, Rosario Pu Gómez, C. I. Est. Prom. Derechos Humanos, Arcadio Alonzo Fernández, Conavigua, Famdegua y Ana Lucrecia Molina Theissen, representados por la Procuradora doña Gloria Rincón Mayoral.

Por diligencia de ordenación del 8 de octubre de 2004 se tuvo por personados a los citados, acordando además dar vista de las actuaciones a las partes personadas por plazo de veinte días, según lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC. Por posterior diligencia de ordenación del 20 de enero de 2005 se concedió, al amparo de lo dispuesto en el art. 83 LOTC, un plazo de diez días a las partes personadas para que pudiesen alegar lo que estimaran pertinente acerca de la acumulación del presente recurso al tramitado en la Sala Segunda con el núm. 1744/2003.

7. El Ministerio Público y las partes personadas en los diversos recursos de amparo interesaron la acumulación o no se opusieron a ella. La Sala Segunda de este Tribunal dictó Auto de 14 de marzo de

2005 acordando la acumulación de los recursos más modernos (1755/2003 y 1773/2003) al más antiguo (1744/2003), por impugnarse en ellos las mismas resoluciones judiciales y aducir sustancialmente la misma vulneración de derechos fundamentales.

8. En el recurso 1744/2003, evacuando el trámite contemplado por el art. 52.1 LOTC, el fiscal, en escrito registrado en este Tribunal el 10 de febrero de 2005, interesa la estimación del amparo en virtud de las siguientes consideraciones. En relación con la queja relativa a la vulneración del art. 24.1 CE por *reformatio in peius* considera que estaría incursa en la causa de inadmisión del art. 50.1 a) en relación con el 44.1 a) LOTC, dado el hecho de que, siendo tal reforma peyorativa una incongruencia *extra petita*, debió acudirse al cauce que ofrecía el art. 240.3 LOPJ, interponiendo un incidente de nulidad de actuaciones antes de acudir a la jurisdicción constitucional; en todo caso, si no se considerara en esos términos por el Tribunal, el citado motivo de amparo debería desestimarse por cuanto, de una parte, no puede calificarse de incongruente una decisión referida a la jurisdicción de los tribunales españoles, que es improrrogable y, en consecuencia, puede ser apreciada de oficio en cualquier momento procesal, como se desprende del art. 9.1 LOPJ, y, de otra, no puede tampoco afirmarse que la decisión del Tribunal Supremo haya cerrado definitivamente un posible proceso en España sobre los hechos objeto de la denuncia, el cual podría abrirse si llegara a concurrir alguno de los puntos de conexión exigidos.

En relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley entiende que no ha existido vulneración alguna del citado derecho, en tanto tienen tal consideración los órganos judiciales que, tras los recursos interpuestos, han dado una respuesta jurídica, siendo ajeno a tal derecho el que los Tribunales inicialmente llamados a conocer de un determinado proceso examinen en sentido negativo su propia competencia y jurisdicción.

Por lo que respecta a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva considera el Ministerio Público que, dado que rige con especial intensidad el principio *pro actione* en el acceso al proceso, no resultará admisible la supeditación de la posibilidad de la apertura

de éste a requisitos no previstos legalmente o exigidos de forma tan rigorista que imposibiliten o dificulten extraordinariamente la incoación y tramitación del proceso (cita, entre otras, las SSTC 34/1999, 84/1996, 71/2001 o 231/2001). Pues bien, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo no se han limitado a requerir la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 23.4 LOPJ, sino que añaden al contenido del citado precepto requisitos no establecidos expresamente en el texto de la Ley. Así el Auto de la Audiencia Nacional reclama a los actores una prueba que no está prevista legalmente y que se proyecta sobre hechos negativos, una *probatio diabolica* cuya exigencia, en consecuencia, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva; y, sobre la resolución del Tribunal Supremo, la referencia al requisito de la "conexión con un interés nacional", aun cuando formalmente aparezca fundada en una interpretación sistemática de diversas normas, constituye un obstáculo no previsto legalmente que es, por lo tanto, contrario al art. 24.1 CE, y ello porque dicho requisito ni siquiera encuentra justificación desde una perspectiva sistemática, dados los siguientes argumentos: a) en primer lugar, la exigencia, como uno de los puntos de conexión, de que haya al menos una víctima española convertiría en innecesaria la previsión específica de la competencia de los Tribunales españoles para conocer del delito de genocidio, puesto que sería de aplicación del principio de personalidad del 23.2 LOPJ; siendo, por lo demás, un hecho necesitado de prueba que será extremadamente difícil de aportar en ocasiones. b) En segundo lugar, el requisito alternativo de que los responsables se encuentren en España carece de toda previsión legal. c) Por último, la exigencia de que, en ausencia de los requisitos anteriores, exista afectación de intereses españoles, resulta, de una parte, redundante con el art. 23.3 LOPJ, y , de otra, puede afirmarse que cuando el legislador español estableció, junto a la tipificación del genocidio, un catálogo de delitos perseguibles en cualquier caso por la jurisdicción española, lo hizo por entender que era del interés del Estado establecer dicha norma. En suma, dicho requisito (enunciado, por lo demás, de modo genérico) carece de soporte legal, no está justificado, y su imprecisión lo convierte en un obstáculo insalvable.

Por su parte, en evacuación del citado trámite, la representación procesal de la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos presentó escrito registrado en este tribunal el 22 de febrero de 2005, en el que hacían suyas y daban por reproducidas las alegaciones formuladas en la demanda de amparo interpuesta por doña Rigoberta Menchú Tumn y otros.

9. En el recurso registrado con el núm. 1755/2003, evacuando el trámite contemplado por el art. 52.1 LOTC, el fiscal, en escrito registrado en este tribunal el 10 de febrero de 2005, interesó la estimación del amparo por entender que la resolución judicial recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes en su vertiente de acceso al proceso, fundamentando tal conclusión en virtud de argumentos muy similares a los esgrimidos en el escrito presentado con ocasión de la demanda de amparo registrada con el núm. 1744/2003.

Por su parte, en evacuación del citado trámite, la representación procesal de la Asociación Argentina Pro-Derechos Humanos presentó escrito registrado en este Tribunal el 23 de febrero de 2005, en el que hizo suyas y dio por reproducidas las alegaciones formuladas en la demanda de amparo interpuesta por la Asociación Libre de Abogados.

10. En el recurso registrado con el núm. 1773/2003, evacuando el trámite contemplado por el art. 52.1 LOTC, el Ministerio Público, en escrito registrado en este Tribunal el 16 de noviembre de 2004, interesó la estimación del amparo por entender que la resolución judicial recurrida vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes en su vertiente de acceso al proceso, fundamentando tal conclusión en virtud de argumentos muy similares a los esgrimidos en el escrito presentado con ocasión de la demanda de amparo registrada con el núm. 1744/2003. Respecto del resto de los motivos de amparo entiende que no puede considerarse vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley consagrado en el art. 24.2 CE en virtud de los argumentos manejados en el citado escrito; así como que tampoco cabe otorgar el amparo respecto de la queja relativa al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, carente de contenido constitucional puesto que se trata de una simple alegación ayuna de desarrollo argumental alguno.

Por su parte, en evacuación del citado trámite, la representación procesal de doña Rigoberta Menchú y otros presentó escrito, registrado en este Tribunal el 12 de noviembre de 2004, en el que se adhirió íntegramente al recurso de amparo interpuesto por la Asociación Libre de Abogados registrado con el núm. 1744/2003.

11. Por providencia del 22 de septiembre de 2005 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 26 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se plantean ante esta jurisdicción constitucional diversas demandas de amparo dirigidas contra la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003 que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal la Audiencia Nacional del 13 de diciembre de 2000, así como contra esta última resolución. El núcleo de la controversia suscitada se proyecta sobre la interpretación restrictiva que, si bien en virtud de argumentos diversos, ambos órganos judiciales efectúan sobre el art. 23.4 LOPJ y el criterio de competencia jurisdiccional penal allí establecido, referible al principio de la denominada jurisdicción universal, con la consecuencia de negar, en todo o en parte, la competencia de los tribunales españoles para la persecución y enjuiciamiento de los hechos objeto de las denuncias que han dado lugar al presente procedimiento, hechos calificados en las citadas denuncias como genocidio, terrorismo y torturas, cometidos en Guatemala a lo largo de los años setenta y ochenta. Las tres demandas de amparo coinciden en denunciar que las resoluciones impugnadas han procedido a una interpretación infundadamente restrictiva y *contra legem* del citado precepto a partir de la exigencia de una serie de requisitos no contemplados en el Ordenamiento jurídico, lo que habría conllevado la vulneración de sus derechos fundamentales.

En concreto estiman vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, tanto en su vertiente de derecho a

obtener una resolución fundada en derecho como en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción. Coinciden también en la denuncia relativa a la vulneración del art. 24.1 CE en que habría incurrido la sentencia del Tribunal Supremo al haber desembocado en una *reformatio in peius*, por cuanto, mientras que la Audiencia Nacional, apelando al principio de subsidiariedad, descartó la competencia de los tribunales españoles "por el momento", dejando abierta tal posibilidad en el futuro, la sentencia del Alto Tribunal, rechazando tal principio pero acogiendo la necesidad de conexión con intereses españoles, niega de modo definitivo la jurisdicción de nuestro Estado, dejando, en consecuencia, en peor situación a los recurrentes en casación.

Junto a los citados motivos de amparo tanto el recurso registrado con el núm. 1744/2003, como el registrado con el núm. 1773/2003 aducen asimismo la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), derivada igualmente de dicha interpretación infundadamente restrictiva, así como también (el último recurso citado) la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por último incluye el recurso registrado con el núm. 1755/2003 la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 CE, vinculado al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en tanto la concreción de la competencia de los tribunales españoles se establece a partir de una discriminación de las víctimas en función de su nacionalidad.

El Ministerio Público, por su parte, interesa el otorgamiento del amparo en atención a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en que habrían incurrido tanto el Auto de la Audiencia Nacional como la sentencia del Tribunal Supremo al restringir el acceso al proceso con una interpretación excesiva e infundadamente rigorista del art. 23.4 LOPJ, a partir de criterios o elementos restrictivos de la competencia de los tribunales españoles no incluidos en la ley ni razonablemente derivables de ésta.

2. Siendo varias las quejas formuladas hemos de comenzar, con arreglo a nuestra reiterada doctrina, con el examen de aquéllas de las que pueda derivarse una retroacción de actuaciones, con el fin de

salvaguardar el carácter subsidiario del proceso de amparo (por todas, SSTC 229/2003, del 18 de diciembre, FJ 2; 100/2004, del 2 de junio, FJ 4; y 53/2005, del 14 de marzo, FJ 2). Más en concreto, y teniendo en cuenta que es el motivo de amparo central en todas las demandas, comenzaremos por la alegación relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho y de derecho de acceso a la jurisdicción.

Ambas vertientes citadas del derecho recogido en el art. 24.1 CE, si bien poseen su propio campo de aplicación, han de ser enfocadas de modo conjunto en el presente caso, y ello porque el contenido nuclear de la queja se cifra precisamente en que, por medio de una decisión no fundada en derecho, se priva a los recurrentes del derecho de acceso al proceso. Ese abordaje conjunto o duplicado de las quejas aboca, en consecuencia, a un doble canon o test de enjuiciamiento. Ello es así porque el derecho de acceso a la jurisdicción, constituyendo, como hemos afirmado, "la sustancia medular" (STC 37/1995, de 5 de febrero, FJ 5), el "contenido propio y primario" (STC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2), del derecho a la tutela judicial efectiva, imprime, junto a los cánones comunes al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtención de una resolución fundada en derecho, tales como exigencia de motivación suficiente, y ausencia de arbitrariedad, de irrazonabilidad manifiesta y de error patente, una exigencia ulterior y potencialmente más intensa de proporcionalidad, derivada del principio *pro actione*. Así hemos mantenido, desde la STC 35/1995, del 7 de febrero, FJ 5, que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos (así como en el denegatorio de la jurisdicción cuando se cierra el acceso al proceso) del citado principio *pro actione* (SSTC 203/2004, de 16 de noviembre, FJ 2; 44/2005, de 28 de febrero, FJ 3, 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2, entre otras muchas). Principio "de obligada observancia por los jueces y tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que

un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida" (SSTC 133/2005, del 23 de mayo, FJ 2; 168/2003, del 29 de septiembre, FJ 2).

Como hemos afirmado en diversas ocasiones el acceso a la jurisdicción constituye un derecho prestacional de configuración legal, estando su ejercicio y su dispensación supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido, por lo que no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 172/2002, del 30 de septiembre, FJ 3; 79/2005, del 4 de abril, FJ 2). Asimismo hemos puesto de manifiesto que el principio *pro actione* no puede entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponde resolver a los tribunales ordinarios (STC 133/2005, del 23 de mayo, FJ 2). Por el contrario el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, "impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida" (por todas, STC 122/1999, del 28 de junio, FJ 2).

> Tal como afirma la STC 73/2004, del 23 de abril, FJ 3, la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los jueces y tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo corresponde a este tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se

> funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los jueces y tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria, infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, del 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, del 2 de marzo, FJ 3; 35/1999, del 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas).

Es decir, aun cuando la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituya, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, a este tribunal le corresponderá revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente. Y, además, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también habrá de ser procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (SSTC 122/1999, del 28 de junio, FJ 2; 179/2003, del 13 de octubre, FJ 2; 3/2004, del 14 de enero, FJ 3; 79/2005, del 2 de abril, FJ 2). Expresado en los términos de la reciente STC 133/2005, FJ 2, "lo que en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión (o de no pronunciamiento) que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que sacrifican".

A los efectos de una cabal comprensión del alcance e incardinación del citado principio *pro actione* bajo la esfera protectora del art. 24.1 CE no resulta improcedente recalcar el carácter más incisivo que posee el canon del acceso al proceso, en el sentido de que interpretaciones judiciales de la legalidad procesal que satisfagan el test de razonabilidad, y de las que incluso fuera predicable "su corrección desde una perspectiva teórica", pueden conllevar una "denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable" (STC 157/1999, del 14 de septiembre, FJ 3) y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva en la citada vertiente.

3. Expuesto el marco de enjuiciamiento que habrá de ser de aplicación al presente caso es hora ya de adentrarse en el mismo. Como ha sido puesto de manifiesto en los antecedentes el núcleo de la controversia radica en la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han efectuado de la regla de atribución de competencia incluida en el art. 23.4 LOPJ, con la consecuencia de negar la jurisdicción de los tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas. Dirigiéndose la demanda contra ambas resoluciones (el Auto de la Audiencia Nacional del 13 de diciembre de 2000 y la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003), y estando fundados sus respectivos pronunciamientos en diversos argumentos, es conveniente analizarlos por separado.

Ahora bien, antes de entrar en el análisis de dichos argumentos es importante recordar que, aun cuando referido a otro de los delitos incluidos en el catálogo del art. 23.4 LOPJ, el precepto legal objeto de la controversia ha sido objeto de pronunciamientos previos por parte de este Tribunal, de los cuales pueden extraerse algunas implicaciones para el enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas. Concretamente la STC 21/1997, del 10 de febrero, FJ 3, puso de manifiesto que,

> al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles, el art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos

> judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos [...]. Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional.

Asimismo, en la STC 87/2000, del 27 de marzo, FJ 4, manifestamos que "el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes".

Esta consideración relativa al fundamento de la jurisdicción universal permite entrar directamente a ponderar el alcance constitucional, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva, de la resolución del Auto de la Audiencia Nacional, por cuanto el presupuesto teórico de que parte para fundar la ausencia de jurisdicción, el principio de subsidiariedad, parece no ser *prima facie* coincidente con el principio de concurrencia, que este Tribunal ha considerado preferente. En aras a destacar la relevancia que esa diferente perspectiva teórica pudiera tener desde la perspectiva del análisis constitucional procede, en primer lugar, profundizar en los argumentos en los que la Audiencia Nacional apoya su argumentación, para después entrar a estudiar cuáles han sido los concretos criterios de aplicación del tal principio que han llevado a la denegación de la jurisdicción española y, con ello, a la denunciada vulneración del derecho de acceso al proceso.

En todo caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, y ello tanto en relación con la resolución de la Audiencia Nacional como con la del Tribunal Supremo, que el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto

que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE. Tal es el cauce analítico que debemos seguir.

4. Como ya ha sido anticipado el Auto de la Audiencia Nacional objeto del recurso, apoyándose en resoluciones anteriores del mismo órgano judicial, parte del Convenio sobre Genocidio, y, más concretamente, de su art. VI, para concluir afirmando la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial. El citado precepto dispone:

> Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competen-

> te del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

La Audiencia Nacional parte de la concepción de que el citado precepto, que establece la obligación de los Estados en cuyo territorio se produzcan los hechos de proceder a su persecución, en absoluto conlleva una prohibición para el resto de las Partes firmantes de establecer criterios extraterritoriales de jurisdicción para el genocidio; como elocuentemente pone de manifiesto, citando resoluciones anteriores, tal limitación sería contraria "al espíritu del Convenio, que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de impunidad de un crimen tan grave". No obstante, acto seguido, concluye que el artículo VI del citado Convenio impone la subsidiariedad de actuación de jurisdicciones distintas a las contempladas en él.

Salvando el hecho de que en la resolución combatida no se entra a explicitar las razones por las que se llega a dicha conclusión, sino que tal relación de subsidiariedad se infiere de la sola mención del criterio de territorialidad (o del relativo a un tribunal penal internacional), debemos comenzar por afirmar que resulta indudable que existen razones de peso, tanto procesales como político-criminales, que vienen a avalar la prioridad del *locus delicti*, y que ello forma parte del acervo clásico del derecho internacional penal. Partiendo de este dato, y retomando la cuestión que dejamos pendiente, lo cierto es que, desde el plano de su formulación teórica, el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia, y ello porque, ante la concurrencia de jurisdicciones, y en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, resulta imprescindible la introducción de alguna regla de prioridad. Siendo compromiso común (al menos en el plano de los principios) de todos los Estados la persecución de tan atroces crímenes por afectar a la comunidad in-

ternacional, una elemental razonabilidad procesal y político-criminal ha de otorgar prioridad a la jurisdicción del Estado donde el delito fue cometido.

Esto afirmado, debe seguidamente advertirse que el tema propuesto no deja de tener relevancia constitucional, puesto que lo que en última instancia se discute, tanto por los demandantes de amparo y el Ministerio Público, como por la sentencia del Tribunal Supremo que discrepa del criterio aplicado por la Audiencia Nacional de afirmar la prioridad del principio de subsidiariedad, son los términos en los que tal regla o principio se ha aplicado; más concretamente, el mayor o menor número de requisitos exigidos en relación con la pasividad del Estado donde se produjeron los hechos. El Auto de la Audiencia Nacional objeto de recurso, reproduciendo la doctrina establecida por los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, define los términos de aplicación de la regla de subsidiariedad del siguiente modo: "la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal internacional". Acogiendo literalmente tal aseveración la abstención de los Tribunales de un tercer Estado sólo habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal Internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. *A contrario sensu,* para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad que la misma Audiencia Nacional había delimitado, va más allá y requiere de los denunciantes una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta

el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los tribunales guatemaltecos.

Tan restrictiva asunción de la competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles establecida en el art. 23.4 LOPJ conlleva una vulneración del derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. De una parte, y tal como denuncia el Fiscal en su escrito de alegaciones, con la exigencia de prueba de hechos negativos se enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una *probatio diabolica*. De otra parte con ello se frustra la propia finalidad de la jurisdicción universal consagrada en el art. 23.4 LOPJ y en el Convenio sobre Genocidio, por cuanto sería precisamente la inactividad judicial del Estado donde tuvieron lugar los hechos, no dando respuesta a la interposición de una denuncia e impidiendo con ello la prueba exigida por la Audiencia Nacional, la que bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer Estado y abocaría a la impunidad del genocidio. En suma, tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica *pro actione*, se hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE.

5. Tal como ha sido expuesto con detalle en los antecedentes, el Tribunal Supremo fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en distintos argumentos que los de la Audiencia Nacional, atinentes en particular a los límites de aplicación intrínsecos a la regla de jurisdiccional universal plasmada en el art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, la sentencia combatida hace depender la aplicabilidad del citado precepto de que un Convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional. Por lo que respecta al delito de genocidio (en el que prácticamente centra su argumentación), a pesar de manifestar en un primer momento que el Convenio, frente al criterio de los demandantes, si bien "no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe", lo cierto es que termina por afirmar lo contrario, considerando que su artículo VIII "no autoriza a cada Estado a

instituir su jurisdicción bajo aquel principio de jurisdicción universal, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar frente a la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso" (fundamento jurídico séptimo).

De este modo la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, según el cual lo acordado en los tratados internacionales no puede ser incumplido por la legislación interna de cada Estado.

Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito. Desde la óptica unilateral de los Estados, y salvando la mención a los tribunales internacionales, lo que el art. VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete a perseguir el crimen de derecho internacional dentro de su territorio. En tales términos, esto es, una vez asumido que el tantas veces citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio, ningún obstáculo puede suponer el art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados para la asunción por los tribunales españoles de la jurisdicción sobre los hechos presuntamente cometidos en Guatemala; máxime cuando de la finalidad que inspira el Convenio sobre Genocidio se desprendería antes una obligación de intervención que, por el contrario, una prohibición de intervención.

En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre Genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina), sino que, antes bien, entra en franca colisión con él. En efecto, resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre Genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición.

6. No estando, a juicio del Tribunal Supremo, reconocida la jurisdicción universal por el Convenio sobre Genocidio, sostiene la Sala Segunda de este Alto Tribunal que su asunción unilateral por el derecho interno debe, entonces, venir limitada por otros principios, en virtud de lo que viene siendo regla en la costumbre internacional. De ello se derivará una restricción del ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, exigiendo para su entrada en juego determinados "vínculos de conexión", como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales. El empleo de tales criterios correctores se fundamenta por la sentencia objeto de análisis en la costumbre internacional, llegando a la conclusión de que, no correspondiéndole a cada Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, el ejercicio de la competencia universal sólo será legítimo cuando exista el citado pun-

to de conexión; el cual, resalta la resolución impugnada, ha de tener una significación equivalente a los criterios que, reconocidos en la Ley nacional o los Tratados, permiten la extensión extraterritorial de la competencia.

En apoyo del presupuesto de partida, a saber, que en la costumbre internacional se ha venido restringiendo el alcance del principio de justicia universal, invoca el Tribunal Supremo determinadas resoluciones jurisprudenciales de Tribunales de terceros Estados o internacionales; así cita en particular diversas resoluciones del Tribunal Supremo Federal alemán, la decisión de la Corte de Casación belga sobre el caso Sharon, así como la resolución de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de 14 de febrero de 2002 (caso Yerodia), en la que se condenó a Bélgica por la expedición de una orden de arresto internacional dictada contra el ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo.

Pues bien, lo primero que hemos de poner de manifiesto es que resulta harto discutible que tal sea la regla en la costumbre internacional, y ello, en particular, por cuanto la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo en apoyo de dicha tesis no abona tal conclusión, sino, antes bien, la contraria. Al respecto, no ha de ser preciso un amplio desarrollo argumental, dado el hecho de que el voto particular a la sentencia impugnada, firmado por siete magistrados (cuya trascendencia no puede dejar de resaltarse), ha venido, de modo convincente, a refutar la pretendida validez de las resoluciones citadas como sostén teórico del planteamiento seguido por la Sala Segunda, aportando otras referencias de signo contrario. Como se afirma por los magistrados discrepantes de la mayoría, las resoluciones alemanas citadas no representan el *status quaestionis* en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la sentencia del 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por tribunales alemanes a ciudadanos serbios por crímenes cometi-

dos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias). Por lo que respecta a la sentencia del Tribunal Internacional de La Haya en el caso Yerodia, ha de concluirse que ésta no puede ser empleada como precedente de las pretendidas restricciones a la competencia universal, pues limitó su conocimiento a la cuestión de si se habían vulnerado o no las normas internacionales de inmunidad personal, no habiéndose pronunciado, en cambio, acerca de la jurisdicción universal en materia de genocidio, dado que así lo había solicitado expresamente la República Democrática del Congo en su demanda. Y lo mismo debe afirmarse en relación a la sentencia de la Corte de Casación belga del 12 de febrero de 2003, de cuyo contenido el Tribunal Supremo alude solamente a los aspectos relacionados con la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio, y en cambio omite toda mención al reconocimiento expreso que en dicha resolución se formula de la jurisdicción universal establecida en la legislación belga.

Si a lo acabado de afirmar añadimos que existen multitud de precedentes en derecho internacional que avalarían la postura contraria a la seguida por el Tribunal Supremo en la materia, el presupuesto en que la sentencia del dicho Alto Tribunal sostiene su interpretación restrictiva del art. 23.4 LOPJ (la existencia de una limitación generalizada del principio de justicia universal en el derecho internacional consuetudinario) pierde gran parte de su sustento, teniendo en cuenta, en particular, que la selección de referencias no es exhaustiva y no incluye algunas significativamente contrarias a la orientación que se mantiene. A este respecto resulta discutible que la sentencia omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la Ley española no es la única legislación nacional que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 CP), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de dis-

tintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales. A título de significativo ejemplo basta indicar que la sentencia del Tribunal Supremo cita la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán del 13 de febrero de 1994 y sin embargo no hace mención alguna al art. 6 del CP alemán ni al Código de Crímenes contra el derecho internacional del 26 de junio de 2002 (Ley promulgada con la finalidad de adaptar el derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional) en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte) "incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania".

7. La sentencia del Tribunal Supremo incluye, asimismo, un listado de tratados internacionales relativos a la persecución de delitos relevantes para la comunidad internacional suscritos por España con la finalidad de mostrar que, de una parte, en ninguno de esos tratados se establece de forma expresa la jurisdicción universal, y que, de otra, en ellos se establece como forma de colaboración la clásica fórmula *aut dedere aut iudicare*; es decir, los Estados tendrán la obligación de juzgar a los responsables de delitos comprendidos en los tratados cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición solicitada por algún otro Estado con competencia obligatoria según las disposiciones del respectivo tratado. Del análisis de ese sector del derecho convencional internacional infiere el Tribunal Supremo la necesidad y la legitimidad de restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ a los casos en que el presunto responsable se halle en territorio español, al amparo del art. 96 CE, del apartado g) del art. 23.4 LOPJ, y del ya citado art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, según el cual las partes de un tratado no podrán invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

Independientemente de lo que después habremos de afirmar, la interpretación seguida por el Tribunal Supremo para justificar tal criterio de restricción de la ley debe ser rechazada ya por razones de

índole metodológica. Para empezar, la pretendida referencia sistemática al apartado g) del art. 23.4 LOPJ no puede servir para extender las conclusiones a las que el Alto Tribunal llega al resto de los delitos contenidos en los apartados precedentes del citado precepto. Y ello porque la cláusula de cierre introducida en el apartado g) extiende la jurisdicción universal a otros delitos, no incluidos en los apartados anteriores del art. 23.4 LOPJ, que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España. En otras palabras, mientras los apartados a) a f) del art. 23.4 LOPJ establecen un catálogo de delitos que se declaran perseguibles *ex lege* en España pese a haber sido cometidos en el extranjero y por extranjeros, el apartado g) determina precisamente la posibilidad, si así se pacta en un tratado internacional, de perseguir en España otros delitos distintos a los incluidos expresamente en el precepto. No resulta, en consecuencia, ni mucho menos evidente que las limitaciones o condicionantes que, por vía de la interpretación de los diversos tratados internacionales que menciona la sentencia, se prediquen de estos últimos sean de aplicación analógica a los primeros. Procedimiento analógico que, además de ser contrario al principio *pro actione* al reducir de modo ostensible el acceso a la jurisdicción de los demandantes, no se ve amparado por una identidad de razón suficiente, según se acaba de afirmar.

De igual modo resulta muy discutible apelar al art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados como sostén de tal proceder argumentativo. Y ello porque, ni en el Convenio sobre Genocidio, como ya se afirmó, ni en los Tratados que menciona la sentencia impugnada, se contempla prohibición alguna del ejercicio de la jurisdicción universal unilateral que pudiera considerarse incumplida por lo dispuesto en la Ley española.

Sin lugar a dudas la presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de los juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la

jurisdicción universal: la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.

8. Junto al de la presencia en territorio nacional del presunto autor introduce la sentencia impugnada otros dos vínculos de conexión: el de personalidad pasiva, haciendo depender la competencia universal de la nacionalidad española de las víctimas, y el de vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes, que no viene a ser sino una reformulación genérica del llamado principio real, de protección o de defensa. Tales restricciones parecen ser nuevamente obtenidas de la costumbre internacional, apelando, sin mayor concreción, a que "una parte importante de la doctrina y algunos Tribunales nacionales" se han inclinado por reconocer la relevancia de determinados vínculos de conexión.

Pues bien, al respecto debemos afirmar que tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ.

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ha quedado menoscabado en el presente caso porque una interpretación acorde con el *telos* del precepto conllevaría la satisfacción del ejercicio de un derecho fundamental de acceso al proceso y sería por tanto plenamente acorde con el principio *pro actione*, y porque el sentido literal del precepto analizado aboca, sin forzamientos interpretativos de índole alguna, al cumplimiento de tal finalidad y, con ello, a la salvaguarda del derecho consagrado en el art. 24.1 CE. Por tanto la forzada e infundada exégesis a que el Tribunal Supremo somete el precepto supone una restricción ilegítima del citado derecho fundamental, por cuanto vulnera la exigencia de que "los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la *ratio* de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad" (STC 220/2003, del 15 de diciembre, FJ 3), al constituir una "denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable" (STC 157/1999, del 14 de septiembre, FJ 3).

9. Así la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas incorpora un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual prácticamente queda cercenada por su base. Según dispone el art. 607 CP el tipo legal del genocidio se caracteriza por la pertenencia de la víctima o víctimas a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, así como porque los actos realizados tienen la finalidad específica de la destrucción de dicho grupo, precisamente en atención a sus vínculos de pertenencia. La exégesis manejada por la sentencia del Tribunal Supremo implicaría, en consecuencia, que el delito de genocidio sólo sería relevante para los tribunales españoles cuando la víctima fuera de nacionalidad española y, además, cuando la conducta viniera motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional

español. La inverosimilitud de tal posibilidad ha de ser muestra suficiente de que no era esa la finalidad que el legislador perseguía con la introducción de la jurisdicción universal en el art. 23.4 LOPJ, y de que no puede ser una interpretación acorde con el fundamento objetivo de la institución.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Obviando el hecho, destacado por el Ministerio Público en su informe, de que la referencia al mismo en la resolución impugnada es prácticamente nominal, careciendo de un mínimo desarrollo que permita concretar su contenido, lo cierto es que con su inclusión el núm. 4 del art. 23 LOPJ queda prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. Como ya ha sido afirmado la cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, en los términos planteados por la sentencia, no resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, del 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromi-

so de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como "la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional".

Frente a ello la concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal, en la medida en que aspira a unir "el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes" (fundamento jurídico décimo) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que, como ya habíamos afirmado, da lugar a una práctica abrogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ. Además el exacerbado rigorismo con que tales criterios son aplicados por el Alto Tribunal redunda en la incompatibilidad de sus pronunciamientos con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puesto que exige que la conexión con intereses nacionales deba apreciarse en relación directa con el delito que se toma como base para afirmar la atribución de jurisdicción, excluyendo expresamente la posibilidad de interpretaciones más laxas (y, con ello, más acordes con el principio *pro actione*) de dicho criterio, como la de vincular la conexión con intereses nacionales con otros delitos conectados con aquél, o bien, más genéricamente, con el contexto que rodea los mismos.

10. De todo lo anterior se desprende que tanto el Auto de la Audiencia Nacional del 13 de diciembre de 2000 como la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003 han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los demandantes en su vertiente de acceso a la jurisdicción, por lo que procede otorgar el amparo y, en consecuencia, anular las citadas resoluciones y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de la Audiencia Nacional anulado sin que, en aras a preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo proceda entrar a analizar las denuncias de vulneración de otros derechos fundamentales que se efectúan en la demanda.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, *por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española*, ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Rigoberta Menchú Tumn y otros, por la Asociación de Derechos Humanos de España y por la Asociación Libre de Abogados y otros, y en consecuencia:

1. Declarar que ha sido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), de los recurrentes.

2. Restablecer a éstos en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional del 13 de diciembre de 2000 y la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de febrero de 2003 retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del Auto de la Audiencia Nacional a fin de que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta sentencia en el "Boletín Oficial del Estado". Dada en Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil cinco.